ALLEGAZIONI

DI GIUSEPPE PASQUAL CIRILLO

Primario Professor di Leggi nella Regia Napoletana Accademia, ed Avvocato famigeratissimo.

DISTRIBUITE IN PIU' TOMI

DALL' AVVOCATO

DOMENICO BRACALE.

E dal medesimo disposte per materie, e corredate di argomenti, e sommarj a ciascuna allegazione corrispondenti, e di generale indice, e distinto, il quale si allogherà nell' ultimo tomo di quest' Opera.

TOMO SECONDO.

IN NAPOLI MDCCLXXXI

Nella Stamperia de' Fratelli di Paci.

ALLEGAZIONI,

LE QUALI CONTENGONO LE SEGUENTI MATERIE.

Difesa de' Padri della Congregazione della Missione.

ARGOMENTO.

I. Si dimostra quali siano le due eredità de' defunti germani fratelli D. Nicola, e D. Vincenzo Bianco: e che non furono esse in sostanza lasciate a' Padri della Missione.

II. Che sopra dette due eredità non vi aveano, nè vi hanno diritto alcuno gli attori Lorenzo, Carlo, Gaetano, e Giovanna Bianco.

III. Che i Padri della Missione siano un corpo morale capace di acquisti.

SOM-

SOMMARIO.

1 *ALlo spirito della carità Cristiana mal si confanno le liti.*

2 *Què, che vivono vita perfetta si recano il litigare a delitto, e, seguendo la dottrina di Gesù Cristo, aman meglio lasciarsi spogliar della roba, e portar con pace l' offesa.* Nel num. 3. *recasi la spiega, e la limitazione di questa massima.*

4 *S. Vincenzo de' Paoli richiamarsi non volle d' una sentenza, che gli fu data contro, tuttochè gli Avvocati, ed uno degli stessi Giudici studiati si fossero d' indurlo a richiamarsene.*

5 Saepe enim de facultatibus suis amplius, quam in his est, sperant homines.

6 *Per la identità del cognome non si prova la parentela.*

7 *Viziata l' istituzione dell' erede scritto si dà la roba ab* intestato *all' erede legittimo: e costui, per la clausola codicillare apposta nel testamento, è tenuto a portare tutti i pesi nello stesso testamento ingiunti.*

8 *Le volontà de' defunti sono sì ben protette dalla Legge, che se non possono eseguirsi nel modo espresso da' testatori, l' esegue la Legge in altro modo, che sia simile all' espresso; onde se non come si vuole, almen come si può, si adempia il lor fine.*

9 *Il Principe, secondo quel bel detto di Seneca,* omnia imperio possidet.

10 *L' esser sollecito della eredità di chi ancor vive, a giudizio di Papiniano,* è adversus bonos mores, & jus gentium festinare.

11 *I Padri della Missione debbono professar povertà: ma la lor Congregazione non è incapace di acquistare, e possedere beni temporali in comune.* V. il num. 19.

12 *L' idea di povertà, ch' ebbero il più de' fondatori delle* Co-

Comunità religiose, non esclude l' acquisto, e 'l possesso de' beni in comune. Questa stessa idea n' ebbero S. Benedetto, e S. Isidoro. V. i num. 15. e 16.

13 *Ne' trasandati secoli non solamente coloro, che venivano a professar vita monastica erano usi di donar la loro roba a' Monisteri, ma ben anche molti, che vivean nel secolo grandi, e spessi doni di vasti poderi a' Monisteri faceano: e molto più antichi de' tempi di S. Benedetto sono gli esempj di coteste donazioni.*

14 *Le molte ricchezze di alcuni Monisteri, nate dagli spessi, e grandi doni de' Fedeli, furon cagione di rilassamento, e dettero giusti motivi alle Leggi dell'* amortizazione.

16 *Gli Abati, e i Monaci, anche più pii, non credeano ripugnante alla santità di eccitare e promuover le oblazioni, e la liberalità de' Fedeli.*

17 *S. Roberto, fondatore dell' Ordine Cisterciense, per effetto delle oblazioni, e liberalità de' Fedeli vide a grandi ricchezze salire il suo Monistero di Molesme.*

18 *La sola regola di S. Francesco vietò l' acquisto, e 'l possesso de' beni, e delle rendite anche in comune.*

20 *S. Vincenzo de' Paoli nell' anno 1624. fondò la sua Congregazione. Si noverano le oblazioni e i doni, che da' veri Fedeli furon fatti al pio Fondatore per tale fondazione.*

21 *Perchè possa stabilirsi nella società civile alcun corpo morale capace di fare acquisti, richieggonsi due distinti e separati assensi del Principe: l' uno, che dia il* jus coeundi: *l' altro, che dia il* jus capiendi. Nel num. 22. e seg. *si mostra, che questa massima sia solamente vera ne'* proprj suoi casi, *e non già una regola generale, che sempre, ed in ogni caso sia da tenere.* Tali casi proprj *si additano nel* num. 27. e seg. *e nel* num. 33.

22 *Si spone il Rescritto degl' Imperadori Diocleziano, e Massi-*

Massimiano nella L. Collegium 8. Cod. de her. inst.

23 *Qual sia stata la ragione, onde le Chiese de' Cristiani non aveano prima dell' Imp. Gostantino il* jus capiendi.

24 *L'avere, o'l non avere un* Collegio *il* jus capiendi *dipende dall' essere, o non essere lecito; e dall' avere, o non avere il* jus coeundi.

25 *Dove il Principe abbia permesso un Collegio mercè del primo assenso, che concede il* jus coeundi, *può il Collegio acquistare senzachè uopo ci sia del secondo assenso, che conceda il* jus capiendi.

26 *I Collegj illeciti propriamente chiamansi* Conventicoli.

27 *Quali siano i* casi proprj, *in cui per istabilirsi nella società Civile alcun corpo morale capace di fare acquisti, oltre l' assenso produttivo del* jus coeundi, *ci sia uopo del secondo assenso, che conceda il* jus capiendi.

28 *In ogni tempo ebbe Roma Comunità legittimamente formate: contuttociò le antiche Leggi Romane, considerandole come persone incerte, non permetteano, che loro si lasciassero eredità, nè legati. Cosa mai operava cotesta proibizione.*

29 *Adunanze legittime erano i Municipj; e pure ne' tempi di Ulpiano non potevano acquistare eredità. Per poterle acquistare ci era uopo dell' espresso permesso del Senato.*

30 *Tutte le Città, ch' erano sotto l' imperio Romano, per Legge dell' Imp. Nerva, erán capaci di acquistar legati, ma non eredità; quale Legge dall' Imp. Marco fu estesa a' Collegj. Cosa mai operava tale diverso jus Romano.*

31 *La Legge proibitiva dell' acquisto delle eredità durò sino all' anno* 321. *dell' era Cristiana: ma per rispetto degli altri Collegi più lungo tempo durò.*

32 *Le Chiese Cattoliche nell' anno* 312. *di nostra salute, (nel qual tempo alle medesime fu data dall' Imperador* Go-

Gostantino la pace) acquistarono così il jus coeundi, che'l jus capiendi.

33 *Alle Comunità (dove vi sia Legge proibitiva d'acquistare, e possedere beni stabili) non altrimente si concede il poter acquistare, e possedere beni stabili, che per mezzo delle lettere, che si chiamano di* amortizzazione.

34 *Si reca la definizione della voce* amortizzazione, *e si additano i luoghi dove cotesta Legge si osserva.*

35 *In qual tempo, per la prima volta, nel nostro Regno si diè fuori la Legge di* amortizzazione: *quando fu rinnovata: quando cessò di osservarsi: quando se ne dimandò la conferma; e quando effettivamente fu riconfermata colla giunta di nuove utilissime cose.* Vedi i num. seguenti.

36 *La superstizione degli antichi Spositori delle Costituzioni del Regno giunse a tanto, che si fecero coscienza di comentare la Legge di* amortizzazione, *come quella, cui credeano contraria all'* Ecclesiastica libertà.

37 *Nel Decreto di Graziano trovasi formato un Canone di un luogo di S. Agostino donde si trae, che la Legge di* amortizzazione *non sia contraria all'* Ecclesiastica libertà.

38 *I notamenti del Collateral Consiglio dell'anno* 1722. *ci fan sapere, che* Cedole riservate, *proibitive di nuove fabbriche, e di* nuovi acquisti, *vennero ai Vicerè, ed al Collaterale.*

39 *Trascrizione delle parole della Legge di* amortizzazione *venuta fuori nel dì* 5. *del mese di Settembre dell'anno* 1769.

40 *Trascrizione di un luogo dell'Appostolo S. Paolo riguardante una predizione, che dal medesimo fu fatta.*

ALLEGAZIONE I.

Llo ſpirito della carità Criſtiana mal ſi confanno le liti : il perchè coloro, che vivono vita perfetta, ſi recano il litigare a *delitto*, come parla l' Appoſtolo S. Paolo (*a*), e, ſeguendo la dottrina di Gesù Criſto (*b*), aman meglio di laſciarſi ſpogliare della roba, e di portar con pace l' offeſa. Ma ciò da' buoni e ſapienti Teologi di coloro ſolamente s' intende, che litigano per difendere la propria loro roba, non di coloro, che ſono in qualunque modo obbligati di difendere la roba altrui, maſſimamente quella, ch' è deſtinata ad uſi pii (*c*). Non è dunque da maravigliare, che i Padri della Miſſione chiamati in giudizio da Lorenzo, Carlo, Gaetano, e Giovanna Bianco riſ-

(a) *Ep. I. ad Corinth. 6. v. 7.*
(b) *Matth. 5. v. 38., Luc. 6. v. 30.*
(c) *V. Calmet in Paul. Matth. & Luc.*

rispondan loro in giudizio. Difendono essi le pie disposizioni de' defunti alla lor cura commesse, nè si dan pensiero alcuno delle private utilità loro. Fu questo il motivo per cui il Santo lor Fondatore Vincenzo de' Paoli difese in giudizio, a nome della sua Congregazione, un podere, che, come a di lei Superiore, gli era stato donato: se non che poi avendogli i Giudici data contro la sentenza, comechè gli Avvocati, ed uno de' Giudici stessi, si fossero studiati d'indurlo a richiamarsene, non vi si lasciò mai d'indurre, dicendo, *che dopo la sentenza l'avea Dio liberato dall'obbligo di ritenere quel fondo* (a). Ad esempio del lor Fondatore difendono i Padri della Missione le pie disposizioni alla lor cura commesse, e seguane che vuole. Alla prima decisione, tuttochè disfavorevole, si acqueteranno ben volentieri. Si venga ora alla causa.

I suddetti Lorenzo, Carlo, Gaetano, e Giovanna esposero al Re, che spettando loro, come a più stretti congiunti, due *doviziose eredità*, l'una del Dottor Nicola, l'altra del Dottor Vincenzo Bianco, le avevano i Padri della Missione *adocchiate*, ed *involate* loro *facendosi istituire eredi*, e viventi ancora Apollonia, ed Anna sorelle, ed eredi usufruttuarie di cotesti due testatori ne aveano preso il *prematuro possesso*. Con tale occasione esposero ancora al Re, che i Padri della Missione chiamati da lontani paesi in questa Città dal Cardinale Innico Caracciolo Arcivescovo Napoletano *come semplici individui*, non come rappresentanti *un corpo morale*, perchè il coadjuvassero nel di lui sacro ministero, e spezialmente nelle missioni, non contenti di que' fondi, che avea quel Cardinale al lor sostentamento assegnati, formarono ad un tratto, senza Reale assenso, un *corpo morale;*

(a) *Si vegga il Capo XVI del Libro II della Vita di S. Vincenzo de' Paoli ristampata in Napoli l'anno* 1740.

rale; e tuttochè, secondo le regole del santo lor Fondatore, e per lo difetto dell' assenso del Principe, fossero incapaci di acquisti, molti e molti nel corto giro di *men di novant' anni* ne han fatti *sulle lagrime de' poveri congiunti* degl' ingannati testatori: e non è sazio ancora in essi il *profano appetito delle ricchezze*. Finalmente supplicarono il Re, che colla sua *sovrana economica potestà facesse loro restituire tutti i beni da' Padri della Missione occupati*.

Dovea cotesto ricorso, secondo i fatti, che sì francamente vi si esponeano, altamente commuovere il religiosissimo animo dell' amabilissimo nostro Sovrano: ed altamente il commosse. Così venne fuori nel dì 12 del mese di Novembre dello scorso anno 1768 il seguente Real Dispaccio diretto alla R. Camera di S. Chiara: *Crede il Re, che sia degno della sua Sovrana R. attenzione pel vantaggio de' sudditi al suo paterno governo affidati l' esaminarsi ciò, che nell' ingiunta Supplica si espone da Lorenzo, e da altri di Bianco, che, non possono i PP. della Missione, detti* delle Vergini, *ritenere, o acquistar fondi, o che si riguardi il loro istituto, o che si rifletta all' esser essi venuti in questi suoi dominj come semplici individui chiamati dal su Arcivescovo Caracciolo per coadjuvarlo nel suo ministero, e specialmente nelle Missioni, a qual uopo dall' istesso furono loro conceduti li necessarj fondi al sostentamento: e finalmente se vogliasi considerare, che per diritto inviolabile della Sovranità non possa stabilirsi nella società civile alcun corpo morale capace di figurare, e di far acquisti, siccome gli altri sudditi senza il permesso, ed approvazione del Sovrano: ciò, che manca ne' PP. della Missione. In seguela delle quali riflessioni i svidetti anno chiesto, che incapaci di possedere, e di fare acquisti li PP. suddetti si dichiarino, e che l' eredità di Nicola, Vincenzo, Apollonia, ed Anna Bianco da codesti*

procurata si dia a' ricorrenti. E volendo il Re dare le Sovrane providenze con accerto su tale assunto, mi comanda incaricare alle SS. VV. Ill., che la R. Camera, prendendo tutti quelli lumi, e notizie, che stimerà convenire, e sentendo chi Ella stimerà, informi col suo parere.

Secondo il tenore del ricorso, e del Real Dispaccio divisa in due punti è la causa presente, l'uno riguardante il privato interesse de' ricorrenti, l'altro i pubblici diritti della Sovranità. Io dunque, che ho l'onore di prestar l'opera mia a' Padri della Missione, per quel che si appartiene al primo, dimostrerò, che tali non sono, quali si dicono le due eredità di Nicola, e di Vincenzo Bianco: che non furono esse in sustanza lasciate a' Padri della Missione; e che non vi aveano, nè vi han su diritto alcuno i ricorrenti: dimostrerò poi per rispetto del secondo, che sono i Padri della Missione un corpo morale capace di acquisti.

Quali sieno le due eredità de' due fratelli germani Nicola, e Vincenzo, costa dal testamento di Vincenzo, in cui tutti si descrivono i beni spettanti all'una, ed all'altra, giacchè viveano essi in comune. Sono in esse due masserie l'una di venti, l'altra di dodici moggi, [questa seconda si è poi trovata di moggi 10, e quarte 7] quattro case, tre giardini contigui ad alcune di esse, e dieci delle dodici porzioni della terza parte di una quinta casa, ed annui duc. 3·62; ma vi sono di debito annui 188·55. Dalle masserie date a fitto si ritraggono annui 368·40: dalle case date a fitto co' giardini contigui annui 85 in circa: alle quali due somme si aggiungano i suddetti annui 3·62, ed altri 6, che dan di rendita le porzioni della quinta casa, e si troverà, che ascende la rendita di tutte e due ad annui 463·2, che dedotti gli annui 188·55 di debito, riduconsi ad annui 274·47. E si vuol qui notare, che sono le dette case

in

in gran parte antiche e rovinoſe, ed alcune ſi abitano da gente povera, che paga a ſtento, o non mai: alcune ſi danno per carità, come ſi atteſta da' Sindici, e Deputati della Univerſità di Arſano, ove, da quella quinta Caſa in fuori, ſta tutta la roba. Or il Dottor Nicola, che fu 'l primo a morire, ſcriſſe nel ſuo teſtamento eredi nell' intero uſufrutto Vincenzo ſuo fratello, e le ſue ſorelle Apollonia, ed Anna, e dopo la morte di tutti e tre, eredi fiduciarj i Padri della Miſſione, i quali, ritenendo per ſe non altro, che annui duc. venti, doveſſero aver la cura di pagar le annualità dovute a' creditori, ed impiegare a perpetuo tutto il rimanente frutto della eredità ſua in limoſine, e meſſe da celebrarſi dal Cappellano della Cappella del Roſario di Arſano coll' onorario di gr. 15. per ciaſcuna, e le altre con onorario molto maggiore da' PP. del Convento di S. Franceſco di Paola fuori Porta Capuana. Quaſi la ſteſſa fu poi la diſpoſizion teſtamentaria del di lui fratello Vincenzo. Scriſſe coſtui eredi nell' intero uſufrutto le ſue ſorelle germane Apollonia, ed Anna, laſciando a ciaſcuna la facoltà di diſporre di duc. 200, e dopo la coſtoro morte i Padri della Miſſione; ma loro ingiunſe, oltre il peſo di alcuni legati, e di alcune limoſine, i ſeguenti peſi perpetui, cioè il peſo di annui duc. 72 per una meſſa cotidiana da celebrarſi nella d. Cappella del Roſario: di un' altra meſſa da celebraſi nella Chieſa Parocchiale di Arſano in ciaſcun dì feſtivo dopo la meſſa del Paroco a maggior comodo del popolo: di un' altra meſſa in ciaſcuna ſettimana, di altre quattordici in ciaſcun anno, e di dieci libre di cera lavorata da darſi ogni anno alla detta Parocchia in occaſione del Santo Sepolcro. Forſe, e ſenza forſe eccedono coteſti peſi le forze della eredità di Vincenzo. Riduconſi le due eredità, ſecondochè ſi è detto, ad annui 274 · 47; ma molto mag-

giore

giore della eredità di Vincenzo è l' eredità di Nicola; Costui nel suo testamento, accettato poi da Vincenzo, dice, che avea *dismessi con suo proprio denaro più debiti sopra i beni antichi, e più crediti aveva a suo proprio nome acquistati*. Dunque l'eredità di Vincenzo, che, dividendosi tutta la roba in due metà, sarebbe ascesa ad annui 137 23, forse appena riducesi a 100, i quali certamente non bastano a sostenere i suddetti pesi: e pure ne ho io omesso uno, che non era da omettere, e sono i duc. 400 lasciati alla libera disposizione delle sorelle.
5 Ciò tanto è vero, che, sebbene *de facultatibus suis amplius, quam in his est, sperent homines*, come in un luogo delle sue Instituzioni scrive Triboniano (a), pur temè Vincenzo, che da' Padri della Missione non si ripudiasse la sua eredità *come poco utile, o gravosa*, e sustituì loro il pio Monte della Misericordia; ma confidando poi in quello spirito di Cristiana carità, di cui tante, e sì belle pruove aveano essi a lui date, e dan tuttodì a tutti, strettamente gli pregò, che accettassero la sua disposizione come quella, ch' era *tutta ordinata alla maggior gloria di Dio, ed alla carità del prossimo*, e che *per puro atto di carità volessero degnarsi di caricarsi di un tal peso avendo occasione di più meritare spiritualmente, quanto meno temporalmente venivano ad acquistare sopra la sua eredità*. Ed ecco, che nè tanto *doviziose*, quanto le voglion far credere i ricorrenti, sono le due eredità de' Dottori Nicola, e Vincenzo: nè vien da esse a' Padri della Missione altro pro, che soli venti ducati l' anno. Dov' è ora quel *profano appetito di ricchezze*, del quale sì francamente si accusano? Come si giustifica quel, che da' ricorrenti si espone al Re, che aveano i Padri della Missione *adocchiate*, ed *involate* due *doviziose* eredi-

(a) *Lib. 1. tit. qui, & ex quib. caus. manum.* §. 3.

dità? Que' PP., che delle tante messe, per cui grandi onorarj in que' testamenti si assegnano, non han facoltà di celebrarne una sola? Chi è, che, badando alla sola privata utilità sua, avrebbe accettata la testamentaria disposizion di Nicola, che con soli venti ducati l'anno compensa le molte cure della esazion delle rendite, de' pronti pagamenti degli annui debiti, della riparazion delle case, e delle liti, da cui non va mai disgiunta la roba? E chi avrebbe poi accettata quella di Vincenzo, il quale altro, che incomodi, non lascia all'erede? E pure i Padri della Missione intendendo, come di loro sperava Vincenzo, *alla maggior gloria di Dio, ed alla carità del prossimo* le accettarono tutte e due ben volentieri.

Che se, viventi ancora le due sorelle eredi usufruttuarie, ne han preso essi quel *prematuro possesso*, che da' ricorrenti s'imputa loro in delitto, a comodo di esse sorelle l'han fatto. Possedendo esse le due fraterne eredità conobbero a prova, che per la grande età loro, e per la natural debolezza del sesso, molestissima, e forse ancora dannosa ne riusciva loro l'amministrazione. Si aveano da esiger le rendite: si aveano a riparar le case: si aveano da pagare gli annui debiti ne' tempi prescritti; e si aveva a sostener qualche lite. Pregarono dunque i Padri, che ne prendessero anzi tempo la cura: e poichè questa conduceva al bene delle pie disposizioni di Nicola, e di Vincenzo, e' l'accettarono di buon grado. Così per pubblico istrumento del dì 29 del mese di Decembre dell'anno 1766 cederono esse a' Padri l'usufrutto riserbandosi l'abitazione nella intera casa, ove aveano co' fratelli abitato, e la facoltà di disporre de' suddetti duc. 400; e si obbligarono i PP. di pagar loro annui ducati 216, cioè 18 duc. al mese, oltre a' quali era da pagarsi altra somma ad un procuratore, ch' esigesse le rendite, e pa-

e pagasse i debiti ereditarj ne' tempi prescritti: e si pagano in fatti al notajo Francescantonio Piscopo, costituito procuratore a tali atti, annui duc. 24. Or dalle rendite delle due eredità, che, dedotti i debiti, riduconsi, come si è detto, ad annui 274-47, deducendosi i suddetti annui 216, e i suddetti annui 24; qual pro verrebbe a' PP. da cotesto *prematuro possesso?* Resterebbono annui 34-47. Ma non tutte le rendite si esigono senza spesa: i fitti delle case, allogate a gente povera, ben di rado si esigono a tempo, ed interi: alcune stanze terrene, non essendovi chi le tolga a fitto, si danno, come si è detto, per carità: tutte poi, quante sono le dette case, han bisogno in ciascun anno di riparazione; ed oltre a ciò pende sopra un corpo ereditario una lite, e 'l Commessario della causa è 'l Sig. Giudice Massarante, lo Scrivano è Bramante. Che se credono ancora i ricorrenti, che ci sia somma, che avanzi, fo io loro sapere, che fin dal dì del detto istrumento alle sorelle de' testatori si diè la piena libertà di amministrare, quandochè lor tornasse in piacere, le due eredità fraterne, e di percepirne i frutti, fermi restando, casochè più lor non piacesse, gli obblighi contratti da' Padri: e che sebbene, per non pregiudicare col contrario fatto al detto istrumento, si facciano gli affitti, e i pagamenti a nome de' Padri; nondimeno le amministra oggi, ed interamente ne gode, fino a tanto che le piaccia, la sola Anna, che sola oggi vive: nè fanno altro i Padri, che soprantendere, e prestarle l'opera loro in qualunque bisogno. Intanto, sebbene avesse il Dottor Nicola nel suo testamento ordinato, che, *venendo da chicchessia contrastata la sua disposizione, si sostenesse la lite a spese de' frutti, e della medesima proprietà*, si sostien la presente lite a spese de' Padri.

Dunque cose o del tutto false, o troppo esagerate sono quelle, che hanno i ricorrenti esposte al Re. Ma sia-

siano pur vere. Qual diritto su quelle due eredità possono essi vantare? Dicono, che niun conto è da tenere delle suddette due testamentarie disposizioni. E chi sono essi, che dicon così? Portano essi il cognome de' testatori; ma per la identità del cognome non si prova la parentela (*a*). Altre pruove richieggonsi non ancora fatte da loro. Nè basta, ch' e' provino la sola parentela. Perchè viziata l' istituzione dell' erede scritto si dia loro la roba *ab intestato*, convien che facciano la pruova di essere i più stretti congiunti, quali di certo non sono. E quandochè fosser tali, altro non conseguirebbono, che 'l nudo nome di eredi. Apposta espressamente all' uno, ed all' altro testamento è la clausola codicillare: e questa gli obbligherebbe a portar tutti i pesi ingiunti e nell' uno, e nell' altro (*b*). Quante sono le particolari disposizioni contenute in essi, sono tutte dirette ad usi leciti, e pii; e perciò si hanno tutte da eseguire: e se ce ne fosse alcuna diretta ad uso non lecito, nè meno, in tal caso, la roba destinata a quell' uso potrebbe spettare all' erede. Le volontà de' defunti sono sì ben protette dalla Legge, che se non possono eseguirsi nel modo espresso da' testatori, l' esegue la Legge in altro modo, che sia simile all' espresso, onde se non come si vuole, almen come si può, si adempia il lor fine. Così, se siasi voluta alcuna opera pubblica, e questa dalle Leggi non sia permessa, il danaro, a tal opera destinato, è da spendersi per altra opera dalle Leggi permessa, ma che sia parimente pubblica, nè può mai tornare a comodo dell' erede, la cui privata utilità, nella disposizion fatta di quel danaro, non si è voluta di certo. Così leggo in un bel luogo delle Pandet-

6

7

8

(a) *Card. de Luca de fideicom. disc.* 50. *a num.* 17.

(b) *L.* 3. §. 1. *de jure codicil.*, *L.* 24. §. 11. *de fideicom. lib.*, *L.* 29. *C. de fideic.*, & *L.* 11. *C. de test. man.*

te (a): *Legatum civitati relictum est, ut ex reditibus quotannis in ea Civitate memoriae conservandae defuncti gratia spectaculum celebretur, quod illic celebrari non licet. Quaero, quid de legato existimes? Et Modestinus respondit, quum testator spectaculum edi voluerit in civitate, sed tale, quod ibi celebrari non licet; iniquum esse, hanc quantitatem, quam in spectaculum defunctus destinaverit, lucro heredum cedere. Igitur adhibitis heredibus, & primoribus Civitatis dispiciendum est, in quam rem converti debeat fideicommissum, ut memoria testatoris alio, & licito genere celebretur*. E' vero, che un luogo è questo di privata Giurisprudenza, che non come restringe l' arbitriò del Magistrato, così può restringere il sommo arbitrio del Principe, il quale [secondo quel bel detto di Seneca (b)] *omnia imperio possidet;* ma ne' termini di privata Giurisprudenza hanno i ricorrenti esposto al giustissimo nostro Sovrano il lor privato interesse dicendo, che i PP. della Missione si aveano con male arti procurate le due eredità di Nicola, e di Vincenzo Bianco, e che essendone essi incapaci, quelle spettavan loro, come a' più stretti congiunti: e 'l giustissimo nostro Sovrano ne' termini di privata Giurisprudenza l'ha rimesso alla sua Real Camera di S. Chiara. Dunque non tenendosi conto della istituzion fatta a benefizio de' PP. della Missione, acquisterebbono i ricorrenti, al più, que' soli annui ducati venti, che soli si lasciano a' Padri. E gli acquistin pure, se è giusto, e ne godano. Non se ne dolgono i Padri.

9

Ma perchè perdo io il tempo fingendo il caso, che viziata l'istituzion dell'erede scritto deferisca a' ricorrenti la Legge coteste due eredità, quandochè vive ancora una sorella germana de' testatori? Se o per la indegnità, o per

---

(a) *L. legatum 16. ff. de usu & usufr. per legat.*
(b) *De benef. lib. 7. cap. 5.*

per la incapacità dell' erede scritto si viziasse l'istituzione, alla sorella le deferirebbe la Legge. E pure, vivente ancora la sorella germana de' testatori, e propriamente nel mese di Luglio del passato anno 1768, dedussero essi l'azione per la metà de' beni antichi (azione, che per le particolari circostanze del nostro caso non può competere, e potendo, nascerebbe dopo la di lei morte) e Commessario di cotesta causa, che pende nel S. C., è 'l Sig. Consigliere D. Stefano Patrizj: indi nel mese di Novembre, quando viveva ancora, come ancor vive, la detta sorella, ricorsero al Re chiedendo le suddette due eredità. Tanto solleciti sono essi della eredità di chi vive ancora! E non è questo, al dir di Papiniano, *adversus bonos mores, & jus gentium festinare?* Ma del privato interesse de' ricorrenti si è parlato a bastanza. Si dimostri ora, che i PP. della Missione, secondo le Leggi del Principe, e le Costituzioni del Santo lor Fondatore, sono un corpo morale capace di acquisti.

Non è vero quel, che da' ricorrenti si espose al Re, che quà vennero i Padri della Missione come *semplici individui*. Il Cardinal Caracciolo, che gli chiamò, la *Congregazione* chiamò, non gl' *individui*; ed alla *Congregazione*, rappresentata dal *P. Superiore*, non a' *semplici individui* donò per tre pubblici strumenti duc. 6000 con pesi perpetui di messe, ed altri. Alla *Congregazione*, non agl' *individui* fu conceduto il luogo, ov' è oggi la Casa de' Padri della Missione. Era quivi, nel passato secolo, un picciol Convento di Padri Crociferi. Fu questo abolito da P. Innocenzo X., e data la Casa colle rendite al Seminario della Chiesa di Napoli: indi, a preghiere del Cardinale Arcivescovo Innico Caracciolo, per un Breve di P. Clemente IX del dì 12 del mese di Ottobre dell' anno 1669, si diè la sola Casa senza le rendite a' Padri della Missione. Or nel Breve si dice: *Dictam habitationem,*

nem, olim Patrum Cruciferorum, & Seminario Neapolitano deinde concessam .... a Seminario dismembramus, & Congregationi Missionis in perpetuum applicamus. Alla Congregazion della Missione fu data *a perpetuo*. Per *Congregazione* s'intende il corpo, e 'l collegio, nè possono intendersi i membri particolari, e i semplici individui: al corpo, ed al collegio, che mai non manca, non a' membri particolari, ed a' semplici individui, che, salvo il corpo, e'l collegio posson mancare, si fan le concessioni *a perpetuo*. Oltracciò si soggiunge nel Breve: *Ad effectum, ut ipsius Congregationis Sacerdotes in ea perpetuo commorari, & functiones, & ministeria, juxta suarum Constitutionum formam & tenorem, & ad praescriptum suorum privilegiorum per Sedem Apostolicam dictae Congregationi Missionis concessorum exercere libere, & licite, valeant*. Le *funzioni*, e i *ministerj* de' Padri della Missione a tenore delle loro Costituzioni sono gli *esercizj spirituali*, che colla loro direzione, e nella propria lor Casa si fanno dagli Ecclesiastici, e da' laici; e le *missioni* pe' villaggi ad istruzione e profitto, massimamente de' poveri contadini. Or coteste *funzioni*, e cotesti *ministerj*, a tenore delle loro Costituzioni, riguardano il corpo e 'l collegio, a cui cotesto peso in esse s' impone, nè si possono altrimente adempire, che da molti rappresentanti un corpo sotto il proprio Superiore, che ne dà le commessioni. E che fin da' primi tempi fossero stati dal Magistrato considerati come un corpo, ed un collegio, costa dalle *franchigie* concedute alla lor *Congregazione*, come agli altri corpi e collegj Ecclesiastici dall' abolito Collateral Consiglio, e da' Delegati degli arrendamenti. Di due sole franchigie farò quì special menzione, di quella del vino, e di quella de' sali. Ricorsero i PP. nell' anno 1674 al Consiglier Rocco Delegato dell' arrendamento del vino, e, producendo fede della franchigia data loro

della

della farina, chiesero ancora quella del vino. Il Consigliere Rocco sotto il memoriale scrisse così: *S' intimino i Sign. Governatori a dire quello, che le occorre intorno a questo memoriale, avvertendo che sono forestieri:* ed essendosi i Governatori rimessi alla giustizia del Delegato, fece costui il seguente decreto: *Avendo visto il Breve di S. Santità de' 22 di Settembre 1655 sopra l' approvazione, e fondazione delli RR. PP. della Congregazione della Missione, per lo quale appare, che sono veri Religiosi con l' emissione de' quattro voti, e vivono in comunità, e regole, li spetta di giustizia la franchigia del vino solita darsi ad altri Religiosi, concorrendo anche l' esempio, che se li è conceduta alli medesimi quella della farina, e del sale, e l' opera, che essi fanno in Napoli è molto profittevole: e perciò si ordina a' magn. Officiali, che se li dia la solita franchigia per botti cinque.* Nello stesso anno erano essi ricorsi al Reggente Valero, ed aveano chiesta, ed ottenuta la franchigia de' sali; ma non si era il Reggente Valero contentato della sola pruova fatta da' PP. di esser' essi quà venuti come rappresentanti un corpo, di che si contentò poi il Consiglier Rocco: avea voluta ancora la pruova di esser' essi un corpo legittimo secondo le Leggi del Principe; onde si legge nelle provisioni così: *Avemo anco visto e riconosciuto scritture presentateci, per le quali appare essere stata ERETTA detta CONGREGAZIONE della Missione nel Borgo delle Vergini con ordine Pontificio ESECUTORIATO DA SUA ECCELLENZA.*

Ed ecco, che nè meno è vero, che per lo difetto del R. assenso sono i Padri della Missione un Corpo illegittimo. Quelle scritture, che nell' anno 1674 si presentarono al Reggente Valero, quelle stesse si presentano oggi alla R. Camera di S. Chiara. Presentasi il Breve di P. Clemente IX: presentasi la relazione del dì 8

del

del mese di Aprile dell' anno 1671 fatta dal Cappellan Maggiore col voto del suo Consultore al Vicerè di quel tempo, nella quale si riepilogano più memoriali dati al Vicerè nel precedente anno 1670 da' Padri della Missione, dal Paroco della Chiesa di S. Maria delle Vergini, e da più Padri Provinciali, e Priori di più Monisteri; e si presenta il decreto del Collaterale. Dicono i PP. della Missione nel lor memoriale, che venuti essi in questa Città due anni prima, chiamativi dal Cardinale Innico Caracciolo, si erano presentati *più volte* al Vicerè, da cui aveano ricevute *infinite grazie:* che, avendo ottenuta da P. Clemente IX una Casa, voleano *subito presentargli il Breve*, ma che ne avea ritardata la presentazione il *medesimo Cardinale dicendo sempre, ch' esso gliene volea prima parlare:* che *l' andata poi di esso Cardinale al Conclave* avéala *molto più ritardata:* che, ritornato costui di Roma, gliene avea parlato non prima del giorno antecedente; ond' essi, presentando allora il Breve, chieggon *la grazia del R. Exequatur*. Alle suppliche de' Padri della Missione le loro suppliche aggiungono quel Paroco, e que' Provinciali, e Priori lodando l' esemplarità, con cui que' buoni Padri viveano, e l' *istituto delle Missioni ne' Casali, dove vi era gran bisogno d' istruzione Cristiana*. Si aggiunge in detta relazione, che rimesse le dette scritture al Reggente Capobianco, e fattane da costui relazione nel Collaterale erasi ad esso Cappellan Maggiore ordinato, che viste le dette scritture, ed osservato il Breve avesse riferito in iscritto: indi dal Cappellan Maggiore col voto del suo Consultore si dà il seguente parere, che *potea restar servita S. E. di concedere a' detti Padri il R. Exequatur ammettendo la loro discolpa di non averlo dimandato prima . . . per risultarne da ciò il servizio di Dio per il beneficio delle anime per gli esercizj spirituali*. Finalmente in vista di cotesta rela-

lazione si diè dal Collaterale al Breve Appostolico il *R. Exequatur*. Come ora osano i ricorrenti di sporre al Re, che si erano i Padri della Missione introdotti, e stabiliti in questa Città senza il Reale assenso? Contenea due cose il Breve di Papa Clemente IX, l'introduzion del loro instituto nel Regno, e 'l certo, e perpetuo loro stabilimento in questa Città: e 'l Principe, precedente cognizion di causa, ordinò, che cotesto Breve si eseguisse. Dunque fu nota al Principe, e fu dal Principe approvata l' introduzione del novello istituto; e nota al Principe, ed approvata dal Principe fu la certa, e perpetua sede data loro in questa Città.

Ma molto più, che l' assenso del Vicerè, debbon valere a difesa de' Padri della Missione i Reali assensi dell' Augustissimo Re Cattolico padre del nostro amabilissimo Re. Aveano i PP. della Missione col Real permesso di quel religiosissimo Monarca edificata una Casa dentro la Città di Lecce; ma perchè questa era malacconcia alle sacre lor funzioni, supplicarono S. M., che si fosse degnata di dar loro il permesso di edificarne un' altra fuori delle mura; e S. M. C. con sua Real Carta del dì 10 del mese di Decembre dell' anno 1740 benignamente loro il permise sotto tre condizioni, delle quali la prima fu, che *la Chiesa, secondo il loro instituto, non fosse pubblica*: la seconda, che la primiera Casa restasse *luogo del tutto profano*: la terza, che *i beni, che acquistassera in avvenire, soggiacessero a tutti i pesi, a' quali soggiacciono i beni de' laici*. Oltracciò lo stesso religiosissimo Monarca, a supplica del Marchese d'Oira, e Principe di Francavilla, con altra Real Carta del dì 18 del mese di Agosto dell' anno 1741, si degnò di *concedere il suo Real beneplacito, acciò li PP. della Missione, ch' erano stati interinamente introdotti nella Città d' Oira, potessero trasferire la loro abitazione nella Terra di Fran-*

cavilla: indi a nuova supplica del detto Marchese, mosso dalle istanze di tutti i Cittadini, e del Vescovo d' Oira, con altra Real Carta del dì 18 del mese di Gennajo dell' anno 1744, si degnò di concedere altro Real beneplacito, *affinchè assolutamente continuassero la loro abitazione nella enunciata Città edificandovi per tal'effetto un Monistero:* e vi è stato in fatti edificato. Il medesimo Monarca prestò poi nell'anno 1748 il suo Reale assenso alla fondazione di una nuova Casa nella Città in Bari: ed essendosi risoluto in pubblico parlamento di concedere a' detti PP. un suolo della Università, ricorsero i Sindici alla Real Camera di S. Chiara per ottenere il R. assenso sulla detta concessione: e la Real Camera nel dì 4 del mese di Luglio dell'anno 1747, *eo quia permissum fuit a S. R. M. Reverendis Patribus Missionis aedificare Monasterium, sive domum eorum instituti in dicta Civitate Barii*, diè 'l R. assenso alla concessione: e perchè il suolo conceduto loro dalla Università di Bari era troppo vicino al Castello, onde nè senza il Real permesso, nè senza il pagamento di alcuni diritti vi poteano fabbricare, con altra Real Carta del dì 6 del mese di Agosto dell'anno 1748, fece loro la doppia grazia di potervi fabbricare, e di non pagare diritto alcuno.

11 Finalmente non è vero, che i Padri della Missione, facendo acquisti, deviano dal loro istituto. Non nego, che, secondo le regole date da S. Vincenzo de' Paoli alla sua Congregazione, debbono i Padri della Missione professar povertà; ma da ciò non segue, che la lor Congregazione sia incapace di acquistare, e possedere beni temporali. La povertà, che ciascun di essi professa, consiste tutta nell' uso della roba, di cui deo valersi per lo solo parchissimo vitto, e nella disposizion dell' animo, sicchè nè l'abbia come roba propria, nè vi abbia alcuno attaccamento: e ciò tanto è vero, che, sebbene ritenga cia-

ciascuno la proprietà del suo privato patrimonio, e ne possa a benefizio di chi più gli piace disporre per atti tra' vivi colla intelligenza del Superiore, ed anche senza questa per atti di ultima volontà; nondimeno per rispetto del frutto non ne può disporre altrimente, che per opere di pietà, e colla intelligenza del Superiore. Or 12 questa idea di povertà non esclude l'acquisto, e 'l possesso de' beni in comune, come non l' escluse l' idea, che n' ebbero il più de' fondatori delle Comunità religiose. Questa idea nella sua *Regola* espresse il gran Padre de' Monaci S. Benedetto. Parlando de' particolari individui volle, che niente avesser di proprio (a): *Ne quis praesumat aliquid habere proprium, nullam omnino rem, neque codicem, neque tabulas, neque graphium, sed nihil omnino*: parlando poi del comune non escluse gli acquisti de'beni temporali ordinando, che 'l novizio prima della professione desse tutta sua roba od a' poveri, od al Monistero (b): *Novitius ante professionem res, si quas habet, aut eroget pauperibus, aut facta solemniter donatione conferat Monasterio*. Non altrimente nella sua *Regola* S. Isidoro (c): *Qui relicto seculo ad militiam Christi pia & salubri humilitate convertuntur, omnia sua primum aut indigentibus dividant, aut Monasterio conferant*: e perchè la profession già fatta della povertà doveva operare, che coloro, i quali avean fatto dono di sua roba al Monistero, più non la riguardassero come propria, nè vi avessero alcuno attaccamento; non solo ciò non permise loro S. Isidoro, ma volle ancora, che si guardassero di non cadere in superbia ripensando al dono da loro fatto al Monistero: *Non extollantur, si de suis facultatibus quodcumque Monasterio contulerunt, sed potius timeant, ne per haec in* su-

(a) *Reg. cap.* 33. (b) *Reg. cap.* 58.
(c) *Cap.* 4.

13 *superbiam labantur & pereant*. Nè solamente coloro, che venivano a professar vita monastica erano usi di donar la loro roba a' Monisteri. Ben molti, che viveano nel secolo, grandi, e spessi doni di vasti poderi a' Monisteri faceano: e molto più antichi de' tempi di S. Benedetto sono gli esempj di coteste donazioni, che a' Monisteri faceano o coloro, che vi professavano vita monastica, od
14 altri (*a*). Egli è più che vero, che col proceder del tempo andò la cosa tant' oltre, che le troppo ricchezze di alcuni Monisteri furon cagione di rilassamento, e dierono più che giusti motivi alle Leggi dell' *amortizazione*:
15 ma per quel, che si appartiene alle regole de' Fondatori, è più che certo, che l' opulenza del comune non era contraria alla professione, che i particolari individui faceano della povertà. Dovevano essi avere a vile i beni del comune, ed usarne non oltre la mera necessità della vita, e quanto avanzava dal parco lor vitto, e dal moderato culto della Chiesa, tutto dispensarlo a' poveri: a qual fine non solo riceveano di buon grado le oblazioni de' fedeli, ma ne commendavano ancora la liberalità:
16 anzi *gli Abati, e i Monaci anche più pii non credeano* [dice il Muratori nelle sue Antichità Italiane (*b*)] *ripugnante alla santità l' eccitarla e promuoverla, perchè o si edificavano nuovi monisteri, o si accresceva il numero de' servi del Signore, e più abbondantemente si dispensavano poi*
17 *le limosine a' poveri*. E questo fu 'l fine per cui S. Roberto, fondatore dell' Ordine Cisterciense, vide ben volentieri a grandi ricchezze salire il suo Monistero di Mo-
18 lesme (*c*). In somma la sola Regola di S. Francesco vietò l' acquisto, e 'l possesso de' beni, e delle rendite anche in

(a) *Van-Espen jur. Eccl. p.* 1. *tit.* 29. *cap.* 3. *n.* 10. & 11.
(b) *Diss.* 67.
(c) *Van-Espen in cit. cap.* 3. *num.* 13.

in comune. *Sicuti*, ce n' assecura il Van-Espen (*a*), *nulla monachorum regula ante S. Franciscum vetuit bonorum, redituumque in comuni possessionem, primus ipse S. Franciscus in sua Regula mendicitatis, seu conquirendi eleemosynas ostiatim mentionem fecit*. Conformi alle *Regole* di S. Benedetto, e degli altri antichi fondatori di Monisteri sono le Costituzioni di S. Vincenzo de' Paoli per rispetto dello spirito della povertà, che i particolari individui della Congregazion della Missione debbono avere. *Ut nihil apud nos cernatur* [così quel S. Fondatore nelle sue Costituzioni (*b*)] *quod proprietatem vel minimam redoleat, cubicula nostra non ita erunt clausa, quin extrinsecus aperiri possint; nec in iis ulla arca, sive quidquam aliud clave particulari obseratum asservabitur, nisi cum expressa Superioris facultate*. Ma non proibì mai l' acquisto, e 'l possesso de' beni temporali in comune: anzi se ci è Comunità religiosa, al cui istituto molto conduca l' acquisto, e 'l possesso della roba, è questa appunto de' Padri della Missione. Per le spesse *missioni*, che tra le opere di pietà, ch' e' fanno, sono le principali, non ricevono mercede alcuna, ed al contrario gravi spese sostengono di lunghi, e disagiosi viaggi, e di molte, e larghe limosine; onde non solo provveggono a' bisogni della povera gente, ma dan pronto riparo a' scandali, e tolgon via molte occasioni di peccati. Ne rendono testimonianza tutte, quante sono, le Provincie del nostro Regno. Può ciascuna di esse più esempj allegare di nudi da loro vestiti, di contadini poveri a segno, che non avean modo da procacciarsi il pane lavorando la terra, provveduti da loro di zappe, di vanghe, di ronconi, di accette, e di altri simili strumenti: di donzelle, che per la inopia

19

(a) *In cit. tit. 29. cap. 5. num. 31.*
(b) *Cap. 3. num. 8.*

correano rischio di perder l' onore, a loro spese dotate, o poste in luogo sicuro: di dispense di matrimonj tra' congiunti, che con pubblico scandalo conversavano insieme, a loro spese fatte venire di Roma, e munire quì del *R. Exequatur*; e di più famiglie provvedute di letti, onde non giacessero in un medesimo letto femmine, e maschi di provetta età. Coteste cose avendo in mente S. Vincenzo de' Paoli nelle sue Costituzioni lasciò scritto così (*a*): *Quamvis ministeria nostra in missionibus, quatenus sunt GRATIS obeunda, nequaquam ferre possint, ut paupertatem OMNIMODE profiteamur; AFFECTU tamen, &, quantum in nobis erit, effectu ipsam observare in Domino contendemus*. Gran luce aggiungono a cotesto luogo delle Constituzioni gli esempj della vita del
20 Santo. Nell'anno 1624, in cui e' fondò la sua Congregazione, avendo non più, che due soli compagni, Monsignor Gianfrancesco di Gondi Arcivescovo di Parigi gli diè il *Collegio de' buoni figliuoli*, ed Emmanuele di Gondi Generale delle Galee di Francia, e la costui moglie Francesca Margherita di Sillì gli dierono 40000 lire (*b*). Nell' anno 1632 gli fu data la Casa di S. Lazaro, che con titolo di Priorato si possedea da' Canonici Regolari. Era questa, qual' è ancor oggi, delle più magnifiche di Parigi, ed avea grandi rendite, che si traevano da vasti terreni, e da più feudi con vassalli, e giuridizione (*c*). E comechè fossero poi le rendite non poco scemate, pur non lascia di essere una delle più ricche Case, che abbia la Congregazione. Nè fu questa la sola Casa, che sì ben dotata acquistò la Congregazione vivente il Fonda-

(a) *In cit. cap. 3. num. 2.*

(b) *Si vegga la detta Vita di S. Vincenzo nel capo X del libr. I.*

(c) *Si vegga la d. Vita nel capo XX del libro I.*

datore: ne acquistò ben molte altre. Le principali furono la Casa di Sedano fondata dal Re Cristianissimo Luigi XIII: la Casa di Richelieu fondata dal famoso Cardinal di quel nome: la Casa di Roma fondata da Maria di Vignevod Duchessa di Aiguillon, e con donazioni, e con legati accresciuta da Stefano Cardinal Durazzano Arcivescovo di Genova, che dianzi ne aveva in Genova fondata un'altra: e finalmente la Casa di Varsavia fondata da Maria Gonzaga Reina di Polonia (a).

Quali sono poi le ricchezze, che da' ricorrenti cotanto si magnificano, della Casa de' PP. della Missione di Napoli? Si è presentato alla Real Camera lo *Stato delle rendite, e de' pesi* con un *Volume di Scritture*, onde si giustifica ciascuna rendita, e ciascun peso. Non si è nè taciuta, nè scemata rendita alcuna: non ci è peso o finto, od accresciuto. Si rechino i ricorrenti in mano il detto *Stato*, e'l detto *Volume*. Gli leggano, e rileggano; e se, oltre la roba quivi rivelata, riuscirà loro di trovare altra roba della detta Casa, tutta loro si dia.

Napoli 3. Febbrajo *1769*.

Risposta alla II. Scrittura venuta fuori contr' a' PP. della Missione.

E' venuta fuori una seconda Scrittura contr' a' PP. della Missione, il cui titolo è questo: *Giustificazione de' motivi addotti nella Supplica umiliata alla Maestà Sua per la Consulta da farsi dalla Real Camera di S. Chia-*

(a) *Si vegga la detta Vita nel capo XI del libro I.*

Chiara nella causa tra' fratelli di Bianco, ed i RR. PP. della Congregazione della Missione.

A carte III, e IV dice il venerato Contraddittore, ch' essendo due l' eredità lasciate a' PP. della Missione, l' una del Dottor Nicola Bianco, il quale aveva ordinato, che della rendita si facesser limosine *a loro arbitrio:* l' altra del Dottor Vincenzo *lasciata loro in proprietà*, fece a' PP. un *progetto, che i soli barbari potéano rifiutare*, cioè, che tenesser per se la seconda, *ed a titolo di limosina* cedessero a' di lui clienti la prima, *sacrificando per via di pace la seconda.*

Rilegga il Contraddittore i testamenti de' Dottori Nicola, e Vincenzo, e troverà, che la più gran parte della rendita della prima eredità, ch' e' volea pe' suoi clienti, è dal testator destinata alla celebrazione di messe perpetue da celebrarsi in Arsano, ed in Napoli, e non da' PP. della Missione; e che della seconda, la quale si dice lasciata a' PP. in proprietà, nè meno un soldo torna in pro loro.

Chi sono poi cotesti clienti, che chieggono a titolo di limosina un' eredità, e di un' altra per l' amor della pace fan dono? Sono tali, e' dice a carte IV, che *per ogni dritto, togliendosi di mezzo i PP., dee loro appartenersi*, come quella, che chieggono, così quella, che donano. E cotesto *diritto* donde lor nasce? Soggiunge a carte VII, che nasce loro dall' essere *i più prossimi congiunti, come quelli, che da Giacomo comune stipite ugualmente discendono, e così con decreto è stato dalla Vicaria ben anche dichiarato*. E cotesto decreto, che in pruova della prossimità del grado si cita, dov' è? Secondo le regole del foro dovea dagli attori esser già da gran tempo esibito: ed io sin dal principio della lite feci istanza, che si esibisse. Gran cosa! I PP. della Missione, tuttochè rei, han presentate dal principio della lite quan-

te

te scritture han richieste gli attori: e gli attori, la cui azione nella prossimità del grado principalmente si appoggia, avendo un *decreto* da farne pruova, non l'anno ancor presentato! Qual nuova foggia di giudizio è questa?

Ma mi sono finalmente venuti in mano gli atti fabbricati nella G. C. della Vicaria per provare la vantata prossimità del grado: ed ora intendo, perchè 'l Contraddittore non gli abbia fatti esibire. Da uomo savio, e ben versato nel foro, qual' è, ben vide, che, se si fossero esibiti, ne sarebbe a' suoi clienti venuto biasimo, e danno. Ricorrono essi alla G. C., e fanno istanza, che si dichiari esser *congiunti in quarto grado co' Dottori Nicola, e Vincenzo*. L' albero genealogico, dal qual comincia il processo, ci fa chiaramente conoscere, ch' e' parlano del quarto grado Canonico, come se di matrimonio si trattasse, non di successione: ma, secondo l'albero stesso, nel quinto, non nel quarto grado sarebbono Gaetano, Lorenzo, e Carlo Bianco, e Lorenzo de Rosa figlio di Giovanna Bianco, che sono gli attori. Notisi, ch' e' non chieggono, che si dichiari esser' essi *i più prossimi congiunti*, a' quali, *togliendosi di mezzo i PP.*, *per ogni dritto si apparterrebbero le suddette due eredità*. Chieggono, che si dichiari esser' essi congiunti nel quarto grado: la qual congiunzione non basterebbe a dar loro diritto di succedere, se non si provasse mancare, come non mancano, altri congiunti di primo, di secondo, e di terzo grado. Ma innanzi. In vista di cotesta istanza si fa decreto, *quod super petito decreto capiatur summaria informatio, & testes habeantur pro citatis*. Successivamente si presentano alcune fedi di battesimo, le quali si sa, che provano non altro, che l'età. Seguono poi le giurate *deposizioni* di sette testimonj, de' quali un solo sa scrivere, quattro sono gente da zappa; ed oltre a ciò tre di essi abitano nelle case di Lorenzo de Rosa, che,

co-

sto dagli attori, è dalla G.C. ordinato? Quandochè poi si avesse avuto a dichiarare esser' essi *i più prossimi congiunti*, si sarebbon dovuti citare per editto gli altri del parentado. Così si sarebbe conosciuto quali fossero i veri parenti de' testatori, e quali i più, o meno congiunti. Contuttociò le tante cure, che ingombrano i Giudici della G.C., non fecer loro por mente ai non tollerabili difetti di cotesto processo, e due di essi dichiararono, esser gli attori *proximiores conjunctos qq. D. Nicolai*, *D. Vincentii*, *D. Apolloniae*, & *magnificae D. Annae Bianco*. Ma cotesta *magnifica D. Anna Bianco* chi è? Una sorella germana de' testatori, che vive ancora. Così si dice nel suddetto decreto della G.C.: così si dice da' testimonj; e così si dice dagli stessi attori nella prima istanza. E vivente costei come si pretendono l' eredità de' fratelli? Come si scrive, che, *togliendosi di mezzo i PP. della Missione*, agli attori *si apparterrebbono per ogni dritto?* E vivendo ancora una sorella germana de' testatori non è violare il jus delle genti il solo aspirare a quella roba, che, togliendosi di mezzo i PP., tutta a colei spetterebbe? Il jus delle genti si viola, e per un trasporto di troppo calda fantasia si turba la pace altrui.

Non han dunque gli attori provata la prossimità del grado. Avessero almen provata la povertà, ch' è l' altro motivo, in cui si appoggia la pretension loro. Ma si venga alla causa: e poichè si è nella mia I Scrittura convenevolmente risposto al di lui *Ricorso* in istampa, si esamini quel, che ci ha di nuovo nella sua II Scrittura.

Nel primo Capo di essa prende il Contradditrore a dimostrare, che i PP. della Missione sono incapaci di fare acquisti, come *contrarj alla origine della fondazione*, *al buon senso dell' istituto*, *ed alla idea del Santo Fondator loro*. Doveva egli in questo Capo rispondere a quel, che della vera idea della monastica povertà si era da me

scritto nella I Scrittura, e detto poi, presente lui, nella Real Camera di S. Chiara secondo le regole di S. Benedetto, e di S. Isidoro, secondo le Costituzioni, e i fatti stessi di S. Vincenzo de' Paoli, e secondo gl' insegnamenti del Van-Espen, e del Muratori. Ma poichè delle cose da me scritte, e dette non ha egli voluto brigarsi nè molto nè poco, delle cose scritte da lui nel suddetto Capo I non voglio io, nè debbo brigarmi per nulla. La Real Camera, avendo sotto gli occhi quel, che da lui, e quel, che da me si è scritto dintorno a ciò, conoscerà chi di noi due si abbia il torto.

Nel secondo Capo, che molto più del primo è importante, parla della stessa incapacità de' PP. della Missione secondo le Leggi del Principe; e la fa nascere dal mancare alla lor Congregazione il R. assenso: e, posto ancora l'assenso, dall'essere una Congregazione di stranieri dannosa a' naturali del Regno. Questo secondo punto non so io vedere come si appartenga alla causa presente. Il Re colla sua Real Carta del dì 12 del mese di Novembre dello scorso anno 1768 non l'ha rimesso alla sua R. Camera di S. Chiara: al suo sovrano arbitrio l'ha riservato. La Congregazione de' PP. della Missione, sebbene, quando fu primamente ammessa in questa Città, costasse di soli stranieri, non di soli stranieri costa oggidì: ci ha di molti naturali del Regno; e se la Maestà Sua, intesa sempre al pubblico bene, crederà, che 'l pubblico bene richiegga, che i PP. stranieri escano de' suoi dominj, ne usciranno con quella somma rassegnazione, che al Real comando è dovuta, ed in ogni luogo, e sempre grata memoria serberanno delle grazie lor fatte per tutto quel tempo, che permise loro di starvi. Dunque del solo primo punto assi ora a parlare.

Ma primachè si vada più in là, si vuol quì notare, che nella II Scrittura ritratta il Contraddittore con lo-

lodevole ingenuità quel, che avea già scritto nel suo *Ricorso* in istampa, che quà vennero i PP. della Missione come *semplici individui*, non come corpo. E' leggendo negli atti di questa causa la copia di una pergamena del Cardinale Innico Caracciolo Arcivescovo di Napoli esecutore di un Breve di P. Clemente IX, che vi sta inserito, ha finalmente conosciuto, che l'antica abitazione de' PP. Crociferi fu data da quel Cardinale in virtù del suddetto Breve *Congregationi Missionis*, non *a semplici individui*: che le fu data *in perpetuum*; e che le fu data *ad effectum*, *ut ipsius Congregationis Sacerdotes* esercitassero appresso noi *functiones & ministeria juxta suarum Constitutionum formam & tenorem*: *ministerj*, e *funzioni*, che *a tenore delle loro Costituzioni* non possono adempirsi altrimente, che da molti rappresentanti un corpo sotto il proprio Superiore, il qual ne dà le commessioni: il perchè furono loro, tuttochè stranieri, come a tutti gli altri corpi e collegj Ecclesiastici, concedute fin da' primi tempi le *franghigie* per decreti dell' abolito Collateral Consiglio, e de' Delegati degli arrendamenti. Era da credere, che colla stessa ingenuità ritrattasse ancóra quel, che avea scritto nel suo *Ricorso*, e detto poi nella Real Camera di S. Chiara (ed aveva allora osservati gli atti, e tenutigli per più mesi appresso di se) che mancava a' PP. il Regio assenso. E non è negli atti. il R. *Exequatur* dato dal Vicerè nell' anno 1671 al Breve di P. Clemente IX? E se in virtù di quel Breve stabilivasi in questa Capitale una nuova adunanza di Ecclesiastici, e vi si stabiliva a perpetuo; che altro fu l' *Exequatur*, se non che un'approvazione di tutto ciò, che in esso si conteneva, cioè della perpetua abitazion di una Casa di questa Città nostra, e del libero esercizio delle funzioni, e de' ministerj della loro Congregazione? E che altro si richiedea, perchè un'adunanza, la quale

in virtù del Breve fuori dello Stato del Papa collegio legittimo non era, divenisse legittimo appresso noi? Molto più sarebbe stato da credere, che avesse il Contraddittore ritrattato quel, che del difetto dell' assenso avea scritto, se avessi potuto dargli la notizia, che do ora a lui, ed alla Real Camera, di un secondo Reale assenso da' PP. della Missione ottenuto, dappoichè aveano stabilita quì la lor sede. L' assenso dell' anno 1671 era ristretto a certo luogo, cioè ad una Casa sola in questa sola Città: sopravvenne poi *Real Cedola* dell' Imp. Carlo VI, di cui altra pruova non posso per ora produrre, che la rispettabilissima testimonianza di cinque Reggenti dell' abolito Collateral Consiglio Mazzacchera, Solanes, Pisacane, Giovine, ed Alvarez. Nel dì 22 del mese di Febbrajo dell' anno 1725 si trattò nel Collaterale la causa tra i PP. della Missione, che voleano ampliare la loro Casa, ed alcuni della vicinanza, che si opponeano. Tutti e cinque i soprannominati Reggenti mentovarono alcune *Cedole riservate*, secondo cui parea, che si dovessero proibire a' Religiosi *i nuovi acquisti*, *e le nuove fabbriche*; ma tutti e cinque opinarono dover cessare coteste *Cedole* per rispetto de' PP. della Missione, a' quali per altra Real *Cedola* dell' Imp. Carlo VI veniva permesso di *edificar monisteri in Città*, *in Regno*, *ed in tutti i dominj di S. M.* Ben possono i Signori della Real Camera di S. Chiara agiatamente osservare i *notamenti* del Collaterale del suddetto dì 22, che ho io per un caso, e non con molto agio osservati. Ma cieco il Contraddittore della passion della causa (e chi non sa, come questa inganni anche i più onesti, e i più scorti?) siccome in vista di quell' *Exequatur* non ritrattò quel, che del difetto del R. assenso avea scritto, e detto, così non l' avrebbe ritrattato per la testimonianza, che di cotesto secondo assenso avean fatta in iscritto que' cinque

Reg-

Reggenti del Collaterale. Come poteano i PP. della Missione assecurar meglio la lor difesa, che presentando tre Reali Carte degli anni 1740, 1744, e 1748, con cui la Maestà dell' augustissimo Re Cattolico avea loro benignamente permesso di fondare tre nuove Case nelle Città di Lecce, di Oira, e di Bari? E pure non sono esse bastate a fargli credere, ch' e' formassero un corpo morale capace di acquisti.

E per non far valere cotesti tanti assensi, che dice? Scrive, che *non fu esaminato il loro instituto*: e parlando nella Real Camera aggiunse, che l' antico costume porta così, che a niuna adunanza si dia l' assenso, se non se ne sieno prima esaminate le regole; che debba poi l' assenso ridursi a forma di privilegio.

Ed a cotesto costume dovrà soggiacere anche il Principe? Chi è, che possa menar buona al mio Contraddittore sì fatta proposizione? Al costume soggiace il Magistrato, quando pregato il Re del suo Reale assenso al Magistrato rimette l' affare. Ma quando il Principe, usando del suo sovrano arbitrio, presta da se l' assenso, come già fecero colla sua Real *Cedola* l' Imp. Carlo VI, e colle tre sue Reali Carte la Maestà del Re Cattolico, è temerità l' andar cercando, se siensi esaminate le regole, e se a forma di privilegio siasi ridotto l' assenso. Ed è poi da por differenza tra le adunanze nuove, il cui instituto del tutto s' ignori, e le antiche, il cui instituto o per le regole già da gran tempo date alle stampe, o per pubblica e costante fama si sappia. Pregato il Principe di dar l' assenso ad una nuova, ed ignota adunanza rimette allora l' affare al Magistrato, ed assi allora a serbare il costume; ma pregato di darlo ad un' antica, ed a tutti nota adunanza, il dà da se. Sin dall' anno 1658 eransi date alle stampe le regole della Congregazione della Missione: e ben prima dell' anno 1769,

in cui fu primamente accolta in questa Città, risuonava da per tutto la fama della santità del di lei instituto, e della esemplarità della vita de' PP., che la componeano: contuttociò non senza cognizion di causa le fu dato due anni dopo il primo assenso. Nella relazion fatta al Vicerè dal Cappellan Maggiore molto si parla della santità, e della utilità dell' instituto di essa.

Soggiunge il Contraddittore, che quando pur si conceda essersi dato nelle solenni forme l'assenso, quinci non segue esser la Casa della Missione capace di acquisti: ed ecco quel, ch' e' scrive dintorno a ciò. Perchè possa (e' dice) stabilirsi nella società civile alcun corpo morale, capace di fare acquisti, richieggonsi due distinti e separati assensi del Principe: l' uno, che dia il *jus coeundi:* l' altro, che dia il *jus capiendi*. Il primo fa, che di più individui si formi un corpo legittimo: il secondo fa, che 'l corpo divenuto legittimo in virtù del primo assenso possa legittimamente acquistare, e ritener quel, che acquista. Ben prima de' tempi di Diocleziano, e Massimiano erano in Roma più corpi leggittimamente formati in virtù di quel primo assenso: e pure di essi parlando que' due Imperadori dicono (*a*), che, se mançava loro il secondo, non poteano acquistare: *Collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse, dubium non est*. Il *privilegio speciale*, di cui e' parlano, altro non è, che 'l secondo assenso. A confermazion di ciò trascrive le seguenti parole del Cujacio (*b*): *Opus fuit Constitutione, quae hoc permitteret .... nec enim certum est, quod cernis concilium, caetusque hominum jure sociatus. Et olim etiam quum Populus Romanus heres instituebatur, ut liceret ei adire hereditatem, opus erat Senatusconsulto*. Reca poi

21

(a) *L. Collegium* 8. *C. de her. inst.*
(b) *Tom.* 9. *p.* 719. *edit. Neap. lit. B.*

poi l'esempio delle Chiese Cattoliche. Queste nell'anno di Cristo 312, nel quale l'Imp. Gostantino diè loro la pace, diventarono Collegj leciti, ed acquistaron così col primo assenso il *jus coeundi:* e pure non prima dell'anno 321. lo stesso Gostantino per un suo Editto, che leggesi ne' due Codici Teodosiano (*a*), e Giustinianeo (*b*), permise a ciascuno di lasciar loro quella roba, che gli piacesse. Così nove anni dopo acquistarono esse col secondo assenso il *jus capiendi:* e cita a questo proposito Giacomo Gotofredo, il Domat, e l' Ubero, cui citerò io contra lui più giù. Dunque (così finalmente conchiude) ebbero i PP. della Missione in virtù del R. *Exequatur* dell' anno 1671, e delle altre Reali Carte il *jus coeundi*, e diventarono un corpo legittimo; ma non anno ottenuto ancora il *jus capiendi*, seguentemente non sono divenuti ancora un corpo morale capace di acquisti.

Ingegnoso è 'l sistema del Contraddittore, ed è anche vero ne' proprj casi: ma nel caso nostro non torna nè bene, nè presso. La necessità di cotesto doppio assenso del Principe si appoggia tutto nelle parole di Diocleziano, e Massimiano: *Si nullo speciali privilegio subnixum sit*, le quali da lui s'interpetrano del secondo assenso, onde il collegio divenuto legittimo in virtù del primo acquista il *jus capiendi*. Or se io dicessi esser quelle da intendere del *jus coeundi*, senzachè ci sia uopo di un secondo assenso, direi quel, che da' Dottori comunemente si è detto. Così le intesero gli antichi interpetri: e ne fa pruova il sommario di quel luogo, ch'è questo: *Collegium non approbatum non potest institui*. Così tra' mo-

22

(a) *L. 4. Cod. Th. de Episc. & Cler.*
(b) *L. 1. Cod. de SS. Eccl.*

moderni Fr. Duareno (*a*), Dionigi Gotofredo (*b*), Anton Perezio (*c*), Giovanni Brunnemanno (*d*), ed altri. E di cotesta comunissima opinione testimonianza ci rende il Wisenbachio scrivendo (*e*): *Glossographi*, & *Doctores tradunt ad h. l.* (cioè sponendo il sopraccitato rescritto degl' Impp. Diocleziano, e Massimiano) *omnibus Collegiis licitis hereditates recte relinqui*. Ma chi crederebbe, che non altrimente le intesero quegl' istessi Giacomo Cujacio, Giacomo Gotofredo, ed Ulrico Ubero, che cita il Contraddittore per se? Le parole del Cujacio, da lui trascritte, sono (*f*): *Idem est in vicis, quibus potest legari, in Collegiis & corporibus, non tamen in omnibus corporibus, sed iis tantum, quae sunt subnixa speciali privilegio, & quibus licet coire:* e cita poi il Cujacio lo stesso rescritto, soggiungendo, *ut ait L. collegium C. de her. inst.*, le quali parole se si fossero ancora trascritte, sarebbesi conosciuto, che 'l Cujacio spiegò le parole degl' Imperadori, *quae sunt subnixa speciali privilegio* per le seguenti sue parole, *& quibus licet coire*; e che a queste, e seguentemente al *jus coeundi* riferì quel rescritto. E non è da dubitare, che le parole, *& quibus licet coire* contengono la sposizione delle precedenti, *quae sunt subnixa speciali privilegio*; poichè se queste si avessero da intendere del *jus capiendi*, malamente il Cujacio avrebbe parlato prima del *jus capiendi*, che suppone approvata già l'adunanza, e divenuta già corpo legittimo, e poi del *jus coeundi*. Chi è poi men che mezzanamente versato

---

(a) *In tit. ff. de her. inst. cap. 2. v.* Alia quaestio est.
(b) *In cit. L.* 8.
(c) *In tit. C. de her. inst. num.* 12.
(d) *In cit. L.* 8. *num.* 1.
(e) *In cit. L.* 8.
(f) *Tom.* 8. *p.* 5. *lit. D.* & *E.*

sato nella lezione delle Opere del Cujacio, sa, ch' e' non di raro a più chiaro intendimento della cosa, mutando il modo di dire, ripete lo stesso. Le parole del Gotofredo sono (*a*): *Et si ad Constantini M. ferme tempora Christianorum Ecclesiae publice quicquam ex ultima voluntate capere non possent, non magis quam Judaeorum universitas L. 1. Cod. Just. de Judaeis, aliaque Collegia, quae NULLO SPECIALI PRIVILEGIO subnixa erant L.* 8. *Cod. Just. de hered. inst.* (ecco ch' e' cita ancora lo stesso rescritto) *eo quod Christianis COIRE NON LICERET, illicitaque eorum collegia essent &c.* La ragion 23 per cui le Chiese de' Cristiani non aveano prima di Gostantino il *jus capiendi*, come nè men l' aveano gli altri collegj, cui lo *special privilegio* mancava; dice il Gotofredo essere stata questa, perchè non era loro lecito *coire*, ed eran perciò collegj *illeciti*. Dunque, a giudizio 24 del Gotofredo, l' avere, o 'l non avere un collegio il *jus capiendi* dipende, come necessaria conseguenza, dall'essere, o dal non esser *lecito*, e dall' avere, o dal non avere il *jus coeundi:* e non altro è quello *special privilegio*, se non che quel primo, come parla il Contraddittore, o, per meglio dire, quel solo assenso, onde il Principe approva l' adunanza. Finalmente le parole dell' Ubero sono (*b*): *Nullus coetus potest habere jus, & effectus personae competentes, nisi aliqua civili unione constet: non potest res adquirere, nisi permissu civilis imperii stabilitus, addo, & probatus sit, talis enim esse debet permissio.* Come potea più chiaramente parlare in mio pro? Dice, che 'l 25 potere un collegio *res adquirere*, è un effetto dell'averlo il Principe permesso, non già per una semplice tolleranza, ma per una positiva approvazione: ed approvazione

(a) *In cit. L.* 4. *Cod. Th.*
(b) *De jur. Civit. pag.* 448.

è di certo, non semplice tolleranza quel primo assenso, che concede il *jus coeundi*, come quello, ch' è un atto positivo della volontà del Principe, qual non è la semplice tolleranza. Confermasi ciò per quel, che lo stesso Ubero soggiunge delle *Chiese proibite*, le quali certamente sono le Chiese non approvate, non già le approvate, ma incapaci di acquistare: *Ecclesiae igitur prohibitae non sunt universitates ex ratione juris publici*, *nec proinde* (ecco la conseguenza) *hereditates*, *aut legata relicta capere possunt*. Dal non esser munite di quel primo, anzi di quel solo assenso, fa nascer l' Ubero la incapacità di acquistare: dunque, secondo l' Ubero, effetto di quel primo, anzi di quel solo assenso è la capacità.

Tutto ciò si è detto per dimostrare, che del sistema della necessità di cotesto doppio assenso non è, a giudizio de' Dottori, e di quegl' istessi, che cita il Contraddittore, sicuro fondamento il rescritto di Diocleziano, e Massimiano. Del rimanente ho io per vero quel, che, dipartendosi dalla comun sentenza, il dotto Wisenbachio soggiunse (a): *Quod non satis quadrat verbis nostrae Legis* 8, *quae SPECIALI PRIVILEGIO collegia vult esse subnixa*. Ed ecco meno io buono al Contraddittore quel, ch' e' dice esser quel *privilegio speciale* il secondo assenso del Principe, per cui il collegio, divenuto già lecito in forza del primo, acquista il *jus capiendi*: ma gliel meno buono nel solo caso, che trattan quivi Diocleziano, e Massimiano, e ne' casi simiglianti, non come una regola, che sempre, ed in ogni caso sia da tenere, secondochè da lui si crede.

Primachè si proponga il vero legal sistema dintorno a ciò, si vuol premettere, che la disputa circa la capacità, od incapacità de' collegj non può cominciare, se non si

(a) *Loc. cit.*

si supponga, che sieno leciti. I collegj illeciti, che *conventicoli* propriamente si appellano (a), tanto è lontano che possano esser capaci di acquisti, che anzi meritano pena. Ciò posto sono da distinguer due casi, l'uno, se ci sia Legge, la qual proibisca a'collegj gli acquisti: l'altro, se non ci sia. Se ci è cotessa Legge proibitiva, quel primo assenso, onde i collegj diventan leciti, non basta a rendergli capaci di fare acquisti, ostando la Legge, cui assi a derogare per un secondo assenso. Se poi cotesta Legge proibitiva non ci è, diventan capaci di acquisti in virtù di quel primo, e solo assenso, onde diventan leciti; e leciti diventando tutti acquistano i diritti di ciascun membro del corpo civile, tra'quali, non ostando alcuna Legge particolare, è certamente il fare acquisti. Nel primo caso del *jus coeundi* non è conseguenza il *jus capiendi*: nel secondo è questo necessaria conseguenza di quello. 26 27

Eccone gli esempj acconciamente tratti dal jus Romano. In ogni tempo ebbe Roma Comunità legittimamente formate: contuttociò le antiche Leggi Romane, considerandole come persone incerte, non permetteano, che si lasciasser loro eredità, nè legati. Questa proibizione facea, che, sebbene avessero il *jus coeundi*, nondimeno, perchè avessero ancora il *jus capiendi*, vi bisognasse una dispensa. Adunanze legittime erano i municipj: pur ne' tempi di Ulpiano non poteano acquistare eredità: e perchè quelle almeno acquistassero, che venivan loro lasciate da' proprj liberti, bisognò, che 'l permettesse espressamente il Senato (b). Al contrario per Legge generale dichiarò l'Imp. Nerva capaci di acquistar legati tutte le Città, ch'erano sotto l'imperio Roma- 28 29 30

 no

(a) *V. Brisson. de verb. sign. v.* conventiculum.
(b) *Ulp. fragm. tit.* 22. §. 5.

no (a): la qual Legge estese poi l'Imp. Marco a' collegj (b), fermo rimanendo l'antico divieto per rispetto delle eredità: della qual cosa fan pruova indubitata Ulpiano, e Paolo, che, secondo il jus de' loro tempi, alle Città, ed a' collegj permettono l'acquisto de' legati, nol permettono delle eredità (c). Cotesto vario jus operava, che le Città, e i collegj, per rispetto de' legati, avessero il *jus capiendi* in virtù di quel primo e solo assenso del Principe, onde aveano acquistato il *jus coeundi*, perchè non vi era Legge proibitiva, cui si avesse a derogare; ma per rispetto delle *eredità*, oltre l'assenso produttivo del *jus coeundi*, vi bisognasse ancora il secondo assenso, che, derogando alla Legge, desse loro il *jus capiendi*.

Ora agevolmente s'intende perchè scrissero gl' Imperadori Diocleziano, e Massimiano: *Collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, HEREDITATEM capere non posse, dubium non est*. Non dissero, che assolutamente non poteva acquistare senza spezial privilegio: dissero, che di spezial privilegio era uopo per acquistare *eredità*, perchè ne' loro tempi durava ancora la Legge, che permetteva a' collegj l'acquisto de' legati, e proibiva l'acquisto delle eredità. Dunque alla Legge proibitiva dell' acquisto delle eredità si aveva a derogare per un *privilegio speziale*. Cotesta Legge proibitiva dell' acquisto del- 31 le eredità, per rispetto delle Chiese Cattoliche, durò fino all'anno 321, nel quale per lo citato Editto di Gostantino si permise a ciascuno di lasciar loro nel testamento quel, che volesse: per rispetto poi degli altri collegj più lungo tempo durò. Non si sa quando, e per qual nuo- va

(a) *Ulp. fragm. tit.* 24. §. 28.

(b) *L. quum Senatus* 20. *de reb. dub.*

(c) *Ulp. cit.* §. 5. & 28. *Paul. in cit. L. quum Senatus* 20.

va Costituzione fosse finalmente cessata (*a*): era certamente cessata ne' tempi dell' Imp. Leone: e ne fa fede una di lui Costituzione dell' anno 469 (*b*). Tolto sì fatto divieto come per l' acquisto de' legati, così per l' acquisto delle eredità, bastò, che i collegj fossero stati dal Principe approvati.

E di quì si conosce, che, sebbene le parole del rescritto di Diocleziano, e Massimiano, *si nullo speciali privilegio subnixum sit*, secondo la mente di quegl' Imperadori, e secondo la ragione de' tempi loro, dinotassero non già il collegio illecito, ma il collegio lecito, cui non avea fatta il Principe la spezial grazia di acquistare eredità; nondimeno da riprender non sono i Dottori, che, adattandole alla giurisprudenza de' tempi di Giustiniano, le anno intese del collegio illecito, supponendo, che bastasse, che lecito fosse, perchè, senz' altra spezial grazia, potesse acquistare. Erano nel Codice Giustinianeo, e sotto lo stesso titolo, la più antica Costituzione di Diocleziano, e Massimiano, e la più recente di Leone. Proibiva la prima, secondo la mente di Diocleziano, e Massimiano, quel, che, secondo la mente, e le parole di Leone, concedea la seconda; ma poichè le parole *speciali privilegio* (intese da Diocleziano, e Massimiano del *jus capiendi*, separato e distinto dal *jus coeundi*) poteano ancora intendersi del *jus coeundi*, di cui fosse necessaria conseguenza il *jus capiendi*, qual era ne' tempi di Leone; in questo secondo significato le presero i Dottori riferendo, com' era da fare per buona regola d' interpetrazione, il jus antico al nuovo.

Rispondo ora a quel, che delle Chiese Cattoliche 32 scrive il Contraddittore, cioè, che, data loro nell' anno

312

(a) *L. hereditatis* 12. *C. de her.*
(b) *In cit. L.* 12.

312 dall' Imp. Gostantino la pace, acquistarono il *jus coeundi*, ma non prima dell' anno 321 acquistarono per un *privilegio speziale*, cioè, per l' Editto dato fuori in quell' anno dal medesimo Gostantino, il *jus capiendi*. Maravigliomi, come, citando egli il comento fatto da Giacomo Gotofredo su quell' Editto, non vi abbia letto, che le Chiese Cattoliche, acquistando nel suddetto anno 312 per l' Imperiale assenso di Gostantino il *jus coeundi*, acquistarono ad un tempo il *jus capiendi*. La dà per cosa certa, ed indubitata il Gotofredo: *Statim ubi* (sono sue parole (a), *pax per Constantinum M. Ecclesiae affulsit anno Domini* 312, *PROCUL DUBIO tum, ut Ecclesiae sanctissima jam collegia, venerabiliaque concilia in Orbe Romano facta sunt, ac nominatim Romae, ita & ex decedentium potissimum liberalitate divitias in eam certatim influxisse, CERTUM EST, toto hoc videlicet NOVENNIO, quod ab eo anno* 312 *ad annum* 321, *quo hoc Edictum emissum est, decurrit*. Nello stesso comento per belle, e gravi congetture, tratte dalla storia, e da più luoghi del Codice Teodosiano, dimostra il Gotofredo essersi fatto nell' anno 321 quell' Editto non per concedere alle Chiese Cattoliche il *jus capiendi*, che aveano già fin dall' anno 312, nel quale acquistarono il *jus coeundi*, ma per estenderlo ad alcuni casi, ne' quali, in virtù di altre Leggi dell' Imperio, mancò loro per que' nove anni, che si frapposero tra la pace lor data da Gostantino, e l' Editto. Forse (mi meni buona questa congettura il gentil Contraddittore, cui ho io più cose menate buone) forse l' Imp. Gostantino, nell' anno 312, dando la pace alle Chiese Cattoliche, altro non fece, che farle divenire collegj leciti, e renderle così capaci di acquistare, per ultime volontà, solamente legati, non eredità, come

(a) *In cit. L.4. C. Th.*

come di legati, non di eredità capaci erano allora tutti gli altri collegj leciti per la sopraccitata Costituzione dell' Imp. Marco: nell' anno 321, privilegiandole sopra tutti gli altri collegj leciti, le fece ancora capaci di acquistare eredità. Questo par, che sia il senso di quelle parole dell' Editto: *Habeat unusquisque licentiam DECEDENS QUOD OPTAVERIT relinquere:* e quelle altre, *Supremae voluntatis LIBER SIT STYLUS*.

Mi resta a rispondere all'autorità del Domat. Questa più, che ogni altra, dal Contraddittore allegata per se, conferma il sistema da me proposto. Nelle parole, che 'l Contraddittor ne trascrive, distingue il Domat due diversi diritti del Sovrano, l'uno di render legittime le adunanze, l'altro di renderle capaci di acquistare, e possedere beni stabili: indi soggiunge, che cotesta capacità non altrimente si acquista, che per *mezzo delle lettere, che si chiamano di amortizazione* (a). Queste ultime parole, che 'l Contraddittor non omette, doveano farlo accorto, che parlava colui del caso, che vi fosse Legge, la quale alle Comunità, tuttochè legittime, proibisse l' acquisto de' beni: e sì fatta Legge suppongon di certo le *lettere* dette di *amortizazione*; conciossiachè altro l'*amortizazione* non sia, se non che *indulgentia, dispensatio, & concessio facta iis, quos manus mortuas vocamus, bona immobilia adquirendi, & possidendi*, come la definisce il Van-Espen (b). Parla il Domat della Francia, dove antica è cotesta Legge proibitiva, cui deroga il Re colle lettere dette di *amortizazione* (c). La stessa Legge è nelle Fiandre (d), in più luoghi della Germania (e), nella

33

34

(a) *De Droit public. liv. 1. tit. 2. sect. 2. n. 14. & 15.*
(b) *Jur. Eccl. p. 1. tit. 29. cap. 3. num. 25.*
(c) *Papon. lib. 1. tit. 14. arrest. 1.*
(d) *Van-Espen num. 26.*
(e) *Gail. 2. obs. 32. num. 7. & 8.*

la Savoja (*a*), nello Stato Veneto (*b*), ed in più altri paesi ancora (*c*).

35 Una simigliante Legge fu nel nostro Regno prima de' tempi dell'Imp. Federigo II, che poi la rinnovò (*d*).
36 Le nuove massime nel foro introdotte sotto gli Angioini per l'ignoranza di que' tempi non la fecero sempre nel debito modo osservare: e giunse la superstizione a tale, che gli antichi spositori delle Costituzioni del Regno si fecero coscienza di comentarla come quella, cui credeano contraria alla *Ecclesiastica libertà* (*e*): e pure nel numero de' pochi libri, che di quel tempo aveano essi tra le mani, e che citavan sovente nelle Opere loro,
37 era il Decreto di Graziano, nel quale trovavasi formato un Canone di quel luogo di S. Agostino (*f*): *Quo jure defendis villas Ecclesiae? Divino, an humano? . . . Unde quisque possidet, quod possidet? Nonne jure humano? . . . Jure humano dicitur: Haec villa mea est, Haec domus mea, Hic servus meus est: jura autem humana jura Imperatorum sunt*. Ma crescendo sempre più le ricchezze delle Chiese, massimamente delle Comunità Religiose, si destarono in fine dal lungo sonno i nostri Maggiori, ed iterate suppliche porsero al Re Filippo IV, al Re Carlo II, ed all' Imperador Carlo VI, perchè la riconfermassero. Le maggiori premure si mostrarono ne' tem-

---

(a) *Fab. in Cod. lib. 5. tit. 2. def. 44.*

(b) *Van-Espen. cap. 4. num. 3. 4. & 5.*

(c) *V. Wisenbach. in L. 12. C. de her. inst.*

(d) *Const. Praedecessorum de reb. stabil. Eccl. non alien.*

(e) *Si vegga l' Autore della Storia civile del Regno di Napoli nel §. I. del capo VIII del Libro XVI.*

(f) *Can. quo jure 1. distinct. 8. Ci è qualche diversità nel testo originale di S. Agostino, ma è del tutto accidentale.*

tempi dell'Imp. Carlo VI. Nel volume de' privilegj della Città nostra, e del Regno leggesi (*a*) un lungo, ed assai ben formato memoriale portogli a tal fine nell'anno 1712, in vista del quale l'Imperadore ordinò, che la Camera Sommaria, e 'l Collaterale informassero col lor parere; ma non andò poj oltre la cosa. Finalmente nell'anno 1717 in vista di un secondo memoriale venne fuori il seguente rescritto (*b*), *Placet suae Caesareae, & Catholicae Majestati, ejusque curae erit, ut Regni indemnitati provideatur.* Pubblica Legge proibitiva di nuovi acquisti non si formò mai più; ma i soprammentovati *notamenti* del Collaterale dell'anno 1722 ci fan sapere, che *Cedole riservate*, proibitive di *nuove fabriche*, e di *nuovi acquisti*, vennero ai Vicerè, ed al Collaterale: nè so per qual fato non si fossero a seconda de' pubblici voti fedelmente eseguite. In somma da che cominciò la inosservanza delle antiche Leggi del Regno fino a questo anno 1769 si è comunemente creduto, che non ci fosse appresso noi Legge proibitiva, cui si avesse a derogare col secondo assenso del Principe; e che perciò quel primo, anzi quel solo assenso, che dava il *jus coeundi*, desse ancora il *jus capiendi*: e di ciò fan pruova la sperienza di tanti secoli, quanti ne sono corsi da' tempi degli Angioini, e le tante suppliche in diversi tempi umiliate da' nostri Maggiori a' Serenissimi Re per ottener la grazia della rinnovazione delle antiche Leggi del Regno: e negli anni a noi vicini ne fa pruova ancora una Real Carta di S. M. Cattolica del dì 10 del mese di Decembre dell'anno 1740, la quale negli atti della presente causa si è da' PP. della Missione esibita. In essa permise loro S. M. C. la fondazione di una Casa fuo-

(a) *Tom. 2. pag.* 242, 243, & 244.
(b) *Tom. 2. pag.* 279.

ri delle mura di Lecce. Ecco l'assenso, onde si diè loro il *jus coeundi*. Ma si diè loro ad un tempo, ed in virtù dello stesso assenso, e come una necessaria conseguenza di esso anche il *jus capiendi*, perchè questo secondo *jus* in essa Real Carta si suppone, e ciò supposto soggiungesi, che *i beni, che acquistassero in avvenire, soggiacer dovessero a tutti i pesi, à quali soggiacciono i beni de' laici*. Al discorrente anno 1769 avea riserbata la Divina Provvidenza una grazia tanto desiderata, che per pubblica Legge si riconfermassero le antiche Leggi del Regno. Nel dì 5 del mese di Settembre, in cui siamo, le ha benignamente riconfermate colla giunta di alcune nuove utilissime cose la Maestà del nostro amabilissimo
39 Re. *Sulle suppliche* (queste sono le parole della Real Carta) *umiliate a S. M. con sentimento uniforme della Suprema Giunta degli Abusi la M. S. è venuta a deliberare, che non potendo per le antiche Leggi del Regno (quanto corrispondenti alla purità della disciplina, altrettanto salutevoli, e necessarie allo Stato, non mai da legittima potestà abrogate, e solo dalla poca cura de' Magistrati non osservate) i luoghi pii Ecclesiastici far nuovi acquisti; perciò tutte le sustituzioni, donazioni, contratti di vendite, o altri atti trà vivi, o per ultima volontà a lor favore, di cui non anno ancora purificate le condizioni, e non siano già i luoghi pii suddetti in possesso non contraddetto, si abbiano per non fatti, e restino li beni a libera disposizione dell'ultimo possessore secolare gravato di restituire à suddetti luoghi pii; nè possano questi far nuovi acquisti per qualunque specie di contratti, o ultima volontà, ben inteso, che li capitali, che si restituiscono à luoghi pii Ecclesiastici, possano impiegarsi nello stesso genere d'impieghi, purchè però non siano sopra beni stabili; e ben inteso ancora, che in questa proibizione di acquistare non sono compresi i luoghi laicali di opere pubbliche, e*

di

di pietà amministrati da laici a riserba delle Congregazioni. Ed avendo S. M. disposto, che questa Sovrana determinazione si comunichi con Dispaccio circolare a tutti li Magistrati di questa Capitale, ed a tutti li Presidi delle Provincie, perchè se ne disponga l'adempimento, e si tenghi per regola nel giudicare con ordinarsi ancora a tutti li Notari, che lo notino al margine del testamento, e di altre pubbliche scritture, onde possa nascere ragione a' luoghi pii suddetti; lo partecipo ec. E quì si noti, e si ammiri la clemenza del Re. Proibisce per lo ben dello Stato i nuovi acquisti a' luoghi pii Ecclesiastici, ma non toglie loro gli acquisti già fatti, come acquisti fatti a buona fede: il perchè feci io le maraviglie del Contraddittore, che, parlando nella Real Camera, si valse di cotesta Real Carta in pro de' suoi clienti. Non si tratta di disposizione, la cui condizione *non si sia ancora purificata*, nè di *possesso contraddetto* si tratta. Morto Vincenzo Bianco, fratello, ed erede usufruttuario di Nicola, le costoro sorelle Apollonia, ed Anna, che in virtù de' testamenti fraterni erano succedute nell' usufrutto, per istrumento del dì 29 del mese di Decembre dell' anno 1766 cederono a' PP. l' usufrutto, cioè il nudo e semplice *jus utendi fruendi*, ritenendo per se la percezion di fatto, e la facoltà di amministrare la roba a lor piacere, come in fatti percepiscono esse interamente i frutti, ed amministran la roba. In vista di cotesto istrumento furono dalla G. C. spediti a benefizio de' PP. della Missione i preamboli di Nicola, e di Vincenzo Bianco non solo nella proprietà, ma ancora nell' usufrutto; e successivamente a lor benefizio si ordinò l' *immission* nel possesso colla espressa giunta della solita clausola, *dummodo possessio sit vacua, & non existente legitimo contradictore*; e senza alcuna contraddizione presero i PP. il possesso. I documenti di tutte coteste cose si presentan da' PP.,

tuttochè 'l Contraddittore nel suo *Ricorso* in istampa mostri di starne inteso: se non che dice, che 'l possesso preso da' PP. fu *prematuro*, e l'imputa loro in delitto, come se non l'avessero preso colla pubblica autorità del Magistrato, e per espressa volontà delle due germane sorelle de' testatori, le quali sole come sorelle, e come usufruttuarie aveano il diritto di contraddire: diritto, che, per le cose dette di sopra, i di lui clienti non anno vivente ancora una di esse; nè dopo la costei morte potrebbono avere altrimente, che se si trovassero premorti tutti i più stretti congiunti. E quì ripeto quel, che più volte ho detto nella I, ed in questa II Scrittura, che de' frutti di tutte e due l'eredità gode interamente la suddetta sorella: che a suo piacer le amministra; e che, quando costei morrà, soli 20 ducati annui ne avranno i PP. della Missione.

Nel Capo III di sua Scrittura parla il Contraddittore del danno, che recano allo Stato le ricchezze delle Comunità Religiose: nel IV dimostra, che le Leggi de' Principi, le quali permetteano gli acquisti alle Comunità Religiose sono oggi cessate per le troppo loro ricchezze, e per l'abuso, che se n'è fatto. Cotesti due Capi, come quelli, che contengono due punti generali, non appartengono alla causa presente, nella quale si tratta de' soli PP. della Missione, nelle cui Case non ci è nè ricchezza, nè abuso di rendite. La Casa di Napoli è la più agiata: e pure nella mia I Scrittura si è chiaramente provato, che dedotti i pesi, e divisa la rimanente annua rendita tra XL, quanti essi sono, avrebbe ciascuno duc. 83-31 l'anno, e gr. 23$\frac{1}{4}$ al giorno, e che cotesta rendita non si spende tutta per lo solo lor vitto. Le pruove de' pesi, e della rimanente rendita sono negli atti, ed avendogli il Contraddittore tenuti più mesi appresso di se, non ha avuto che opporre. Del buon uso

poi,

poi, ch' e' fanno delle rendite addette ad opere di pietà, bella testimonianza render possono a chi nol sapesse (e chi è, che nol sappia ?) questa Città nostra, e le Provincie tutte del Regno. Legga dunque chi vuole i suddetti due Capi. Io di essi, come non appartenenti alla causa, non mi debbo brigare: e maravigliomi, che, difendendo il Contraddittore clienti sì poveri, che chieggono, com' e' scrive, *panem & polentam*, gli abbia obbligati, senzachè mestier ce ne fosse, alla spesa della stampa di essi. Una cosa delle tante, che in essi e' dice, parmi, che da ometter non sia: ed è una predizione dell' Appostolo S.Paolo, che nel III Capo di sua Scrittura, e propriamente a carte LXIV e' trascrive credendola avverata a dì nostri in alcuni de'Regolari. La predizione è questa (a): *Hoc autem scio, quod in novissimis diebus instabunt tempora periculosa: erunt homines se ipsos amantes, cupidi, elati, superbi, ingrati, sine affectione, sine pace, immites, sine benignitate, habentes quidem speciem pietatis, veritatem autem ejus abnegantes, semper discentes, & nunquam ad scientiam veritatis pervenientes*. Non ci sarà di certo chi conoscendo per esperienza, o per fama i PP. della Missione osi di dire, ch' e' sieno tra' Regolari di sì bel conio: e lo stesso Contraddittore non osa di dirlo apertamente; ma leggendosi attentamente la di lui Scrittura ben si conosce, che non gli eccettua. A carte VI gli chiama *inesorabili, e niente sensibili a' pianti de' famelici, ed operanti contra lo spirito della pace, e della carità:* ed ecco ch' e' sono *homines sine affectione, sine pace, immites, sine benignitate*. A carte VIII dice, ch' *essendo Nicola, e Vincenzo Bianco per l' avanzata età inabili al matrimonio, i buoni PP. della Missione gli adocchiarono per far sì, che dopo la morte di essi l' eredità passate fossero alla lor Casa* [illegible] *sotto*

40

(a) *Ad Timoth.* 3. *a num.* 1. *ad* 7.

sotto l' apparente pretesto di farne tante limosine: ed a carte XLV, *che anno essi belle maniere co' ricchi, e nobili, cioè*, che *col mezzo delle confessioni, e direzioni, e ritiri spirituali tirano alla lor Casa abbondanti limosine per messe, e le fan poi celebrare altrove ridotte con minor limosina*: ed ecco ch' e' sono *homines se ipsos amantes, cupidi, habentes quidem speciem pietatis, veritatem autem ejus abnegantes*. A carte . . . . ma sento, ch' è già data alle stampe, ed è per venir fuora una III Scrittura del Contraddittore. Riserbisi dunque qualche cosa alla risposta, che le si avrà verisimilmente a fare.

Di Casa nel dì 20 del mese di Settembre dell' anno 1769.

Questa causa non ancora si è decisa.

Per lo Principe di Monteleone contra la Duchessa di S. Michele.

A R G O M E N T O.

I. Se la proibizione di detrarre la Falcidia debba essere espressa, oppure sia sufficiente la tacita, e presunta dedotta dalle congetture, e dagli argomenti.

II. Quali sieno gli effetti, che nascano dall' atto dell' adizione dell' eredità.

S O M M A R I O.

1 L' *annuo legato, finattantochè pende il dubbio, o la condizione, deesi valutare tanto quanto possa ven-* der-

dersi: ma cessato il dubbio, o la condizione assi a valutare per quello effettivo prezzo, che si deve.

2 *La detrazion della Falcidia, secondo il jus novissimo, può proibirsi dal testatore.*

3 *Se sia necessario l' espresso divieto della detrazion della Falcidia, o basti ancora il tacito, e presunto.* Ved. i num. seg.

4 *Si ha com' espresso anche quello, che raccogliesi per idonee congetture.*

5 *Dagl' interpetri più culti si è sostenuto, che l' Autentica* Similiter Cod. ad L. Falcidiam *non sia stata fedelmente tratta dalla Novella CXXXI. cap. 12.*

6 *La negativa, preposta al verbo* potere, *esclude qualunque causa, e qualunque modo.*

7 *Nel testamento del soldato, per presunta volontà del medesimo, non ha luogo la Falcidia.*

8 *Nel testamento del soldato i legati, e i fedecommessi non si defalcano, se non eccedono le forze del patrimonio: ma se eccedono si diminuiscono in quella sola somma, che sopravanza.*

9 *L' adizione dell' eredità è un quasi contratto, per cui l' erede* legatorum nomine obligatus intelligitur.

10 *Prima de' tempi di Giustiniano l' erede, per l' adizione, restava obbligato sopra le forze dell' eredità: e dopo le nuove Costituzioni di Giustiniano resta ancora obbligato sopra le forze dell' eredità, se non fa l' inventario.*

11 *L' atto dell' adizione della eredità, quandochè siasi consumato, fa, che l' erede s' identifica in tutto e per tutto col defunto, di modo che resta tenuto a tutti i debiti, ed altri pesi ereditarj, e resta tacitamente obbligato a' legatarj.*

12 *La differenza, che passa tra 'l vero e proprio contratto, e 'l quasi contratto, è quella sola, ch' è posta tra* l' espresso, e 'l tacito.

13 Ca-

13 *Comechè sia, in alcuni casi, maggiore la forza dell'* espresso, *che del* tacito, *nondimeno è regolarmente pari la forza delle* tacite, *che delle* espresse *obbligazioni.*

14 *L'erede, se ha una volta adita l'eredità, non può più ripudiarla, purchè non l'abbia adita per grave timore, e purchè non sia un minore.*

15 *Il Principe fa uso di quel* dominio eminente, *che ha la potestà civile quando o commuta le volontà de' defunti, o toglie al terzo il jus acquistato; ma ne può usare* ob publicam utilitatem.

ALLEGAZIONE II.

IL Duca di Bissano D. Mariano di Napoli e Bellacera scrisse eredi nel suo ultimo testamento per una metà la Chiesa Parocchiale di S. Giovanni de' Tartari della Città di Palermo, per un' altra metà la Duchessa di S. Michele D. Eleonora Gravina e Napoli sua nipote. Al testamento aggiunse poi un codicillo, e nell' uno, e nell' altro gravò la sua eredità di molti legati, tra' quali è 'l legato lasciato al Principe di Monteleone D. Domenico di Napoli e Montaperto, per cui scrivo. Nel testamento scrisse così: *Item voglio, che detta Sig. Duchessa paghi al Sig. D. Domenico di Napoli e Montaperto Principe di Monteleone, oggi Capitano di Cavalleria, mio dilettissimo nipote, e fratello di detta Sign. Duchessa onze cinquanta annuali sua vita naturale durante, e questo pro bono amore.* Accrebbe poi cotesto legato nel codicillo, scrivendo così: *Si legò anche in detto mio testamento al Pr. di Monteleone da pagarsi dalla Duchessa onze cinquanta annue vitalizie. Ora per questa disposizione codicillare voglio, che detta Sign. Duchessa paghi in infinitum, & in perpetuum le stesse onze cinquanta annuali, ed anzi gliene paghi altre onze cinquanta ann. perpetue,*

ed

ed a lui libere, che in tutto sono onze cento annuali perpetue.

Or la Duchessa di S. Michele supponendo, che i legati eccedano il valore della quota ereditaria a lei lasciata, dopo di avere adita l'eredità, pretende due cose, l'una, che i legati si scemino proporzionalmente in modo, che pareggino la suddetta quota: l'altra, che da' legati, a cotesto modo scemati, si deduca a di lei beneficio la *falcidia*. Ad escludere coteste due pretensioni, che, generalmente considerate, sarebbono più che giuste; ma per le particolari circostanze, che nel caso nostro concorrono, giuste non sono, è diretta questa mia breve Scrittura.

Ed incominciando dal fatto, io non so, se sia del tutto vero quel, che dalla Duchessa si dice, ch'eccedono i legati la di lei quota ereditaria, o che almeno non resta a lei salva la *falcidia*. Sono cotesti legati quasi tutti a vita de' legatarj, seguentemente sono molto men gravosi che non pajono: e trattandosi della deduzione della *falcidia*, è da vedere quanto potrebbono vendersi: e, secondo il prezzo, che possano meritare, si conoscerà di quanto scemino la quota ereditaria. Così Marcello (a): *Quum Titio in annos singulos dena legata sunt, & judex Legis falcidiae rationem inter heredem, & alios legatarios habeat; vivo quidem Titio tanti litem aestimare debeat, quanti venire id legatum potest, in incerto posito, quandiu victurus sit Titius.* Oltracciò nel testamento molto si parla di liti attive, e passive: e ben si sa, che come queste scemano, così quelle accrescono l'eredità. Sarebbe dunque da esaminarne il peso; e quandochè ci sia più da sperare, che da temere, si avrebbe a dar prezzo alla speranza, la quale per Legge può vendersi, co-

(a) *L. quum Titio* 55. *ff. ad L. falc.*

me qualunque altra merce.

Venendo ora al dritto, dico, che per le particolari circostanze del nostro caso niuna diminuzione compete
2 alla Duchessa di S. Michele. La deduzion della *falcidia* non si dubita, che, secondo il jus novissimo, può proi-
3 birsi dal testatore (a). Di ciò solamente si disputa, se sia necessario l'espresso divieto, o basti ancora il tacito. E comechè la prima opinione più si conformi colla lettera della citata *Autentica*, in cui si legge: *Quum testator hoc EXPRESSIM vetuit*; nondimeno più ricevuta è la se-
4 conda per quel comun detto de' nostri, che si ha com' espresso anche quello, che raccogliesi per idonee congetture. E questa seconda opinione sì chiaramente, a mio giudizio, confermasi per due altre *Autentiche* poste sotto lo stesso titolo del Codice, che ho io per inescusabile errore opinare altrimente. Nell'Autentica *Sed & in ea* si legge: *Sed & in ea re cessat falcidia, quae ita relicta est, ne alienetur, sed permaneat apud successores ejus, cui relicta est*: e nell'Autentica *Similiter* è scritto: *Similiter Falcidia cessat in his, quae ad pias caussas relicta sunt*. Il divieto della deduzione della *falcidia* in cotesti due casi non è certamente espresso, ma raccogliesi per congetture. Chi vuole, che non si alieni la roba, è da creder, che voglia, che non si diminuisca: e chi lascia la roba per usi pii, è parimente da presumere, che non la voglia in alcun modo scemata per la volgarissima massima legale, che niuno per la causa pia è liberale a bastanza: e questa è la sentenza ricevuta nel foro senza
5 contraddetto di alcuno, non ostante che dal Gisanio (b), e dal più de' più culti interpetri si pretenda, che la

(a) *Nov. 1. cap. 2. Auth. Sed quum testator C. ad L. falcid.*

(b) *In L. 7. C. ad L. falc.*

la suddetta Autentica *Similiter* non sia stata fedelmente tratta dalla *Nov.* 131. Ed ecco vietata per congetture la deduzione della *falcidia*; e congetture di coteste più forti ci sono nel caso nostro. Scrive il testatore: *Volendo io mettermi sempre più al sicuro, e meglio accertare l' adempimento di quanto prescrivo in questo testamento, ed anche per la cautela de' legatarj, e precisamente del suddetto prelegato, perciò voglio, ed espressamente prescrivo, che subito aperto, e pubblicato il presente mio testamento abbiano le mie eredi non solo a ratificare il presente testamento, ma anche obbligarsi ad adempire quanto in esso si contiene hereditario nomine, & etiam nomine proprio, dum detinent, & possident*. E frapposte alcune altre parole, che più giù si trascriveranno, soggiunge: *Se poi le suddette mie eredi universali, o una di esse non facesse la suddetta ratifica, ed obbligazione* etiam nomine proprio *in forma legale e valida senza alcuna riserba, al più fra lo spazio di otto giorni, da contarsi dal giorno dell' aperizione del presente testamento ultimi perentorj ed improrogabili, in tal caso si abbiano li renuenti per non istituiti eredi*. Trascrivo ora le frapposte parole: *Così che resti nella loro piena libertà, se non vogliono accettare l' eredità, ma accettata che l' abbiano, non possano poi negare in nessun conto di adempire quanto io prescrivo, allegando, che i beni ereditarj non bastano: che se poi, dopo accettata l' eredità in buona fede, credono essersi ingannati, e che i beni ereditarj non bastano, in tal caso mi contento, che per lo spazio di un anno, da contarsi dal giorno della mia morte, siano in tempo di rifiutare la mia eredità colle condizioni infrascritte, volendo io espressamente, che sia preclusa la via ad ogni apice, e pretesto di dire, che i miei beni ereditarj non bastano, e frattanto se li godano deludendo i poveri legatarj*. Le trascritte parole escludon del tutto qualunque diminuzione. Vuole il testatore, che

 si

si obblighino gli eredi a benefizio de' legatarj non solo *nomine hereditario*, ma ancora *nomine proprio*. Che altro è questo se non che proibire la deduzion della *falcidia?* Obbligandosi *nomine hereditario* l'avrebbon dedotta; ma di cotest' obbligo non è contento il testatore. Dunque non vuole, che la deducano: nè l' obbligo *nomine proprio* può riguardare altro, che 'l pagamento degl' interi legati. E che altro può significare quel, che dice il testatore, che, accettata l'eredità, *non possano allegare, che i beni ereditarj non bastano deludendo i legatarj?* Questo allega l' erede unicamente per dedurre la *falcidia*: e se questo non possono allegare, la *falcidia* non posson dedurre. Tra gli esempj, che recano i Dottori delle congetture, comunemente dette *veementi*, e *necessarie*, non è alcuno più chiaro di questo, che ci dà nel suo testamento il Duca di Bissano.

Ma troppo breve era lo spazio di otto giorni, dentro cui dovesse la Duchessa ratificare il testamento, ed obbligarsi a proprio nome: e per troppo breve l'ebbe la G. C., che le diè la proroga di un mese; e primachè 'l mese passasse ratificò colei per pubblico atto la disposizion di suo zio, ma con espressa dichiarazione, che intendea di approvarla *in tutto ciò, che non fosse manifestamente erroneo, e ripugnante alle Leggi.*

Prima di rendere a cotesta opposizione la convenevol risposta convien, che si noti quel modo di dire usato dal testatore, *NON POSSANO*. La negativa preposta al verbo *potere* esclude qualunque causa, e qualunque modo, come parla la Ruota Romana (*a*): il perchè non ci è scusa, che vaglia. Non nego, che potrebbe scusarla la disposizion della Legge, se questa fosse contraria alla disposizion del testatore; ma si è già detto, che permette

(a) *Recent. p.* 1. *decis.* 41. *num.* 4.

la Legge il divieto della *falcidia*. Per rispetto dell'errore, questo nel nostro caso dov'è? L'errore, dice la Duchessa, è questo: Il testatore credè, che bastasse la roba a pagare i legati, e la roba non basta. E come, rispondo io, dalla Duchessa si prova, che non basta la roba? Di ciò non si è fatta la pruova, che aveva a farsi. Si è detto, che quasi tutti i legati sono a vita de' legatarj. Si avrebbe dunque da dar prezzo a' legati secondo la regola legale tratta dalla varia età loro. Si è detto, che sono nella eredità liti attive, e passive. Si avrebbe dunque da dar prezzo alla speranza, ed al timore secondo i principj del dritto, e secondo le varie circostanze delle persone, contra cui sono esse da muoversi, o da sostenersi: nè la pruova è da farsi altrimente. Quando poi, fatta a cotesto modo la pruova, si conoscesse, che 'l testatore credè per errore, che la roba bastasse, nè meno allora potrebbe cotesto errore alla Duchessa giovare, perchè sempre a lei nuocerebbe il suo fatto volontario, cioè l'avere accettata la disposizione del testatore, cui ben potea non accettare. Non quel, che ha creduto, ma quel, che ha potuto volere, ed ha voluto il testatore è da attendere nel nostro caso. Potea volere, che i legati si pagassero interi proibendo la deduzione della *falcidia*, e l'ha voluto in fatti: e cotesta disposizione ha ella accettata. Qual differenza ci è, per quel che alla *falcidia* si appartiene, tra 'l testamento del Duca di Bissano, e 'l testamento, che faccia un soldato a modo militare? Niuna. Per presunta volontà del soldato nel costui testamento non ha luogo la *falcidia*: e cotesto intese il Cujacio, quando scrisse (a): *Lex falcidia est contra voluntatem pagani, non contra voluntatem militis*: nel testamento del Duca di Bissano non ha luogo per espressa volontà. Or tuttochè di

7

(a) *In tit. C. de test. milit.*

8 di tanti legati abbia il soldato gravata l'eredità sua, che nè meno un soldo ne lucri l'erede, dee costui, accettata che l'abbia, aversi pazienza (a): nè gli giova il dire, che'l soldato dispose così per errore, poichè lo stesso potrebbe dirsi da tutti, e non ci sarebbe caso in cui valesse il divieto della *falcidia:* e tanto meno potrebbe esserci un tal caso, quanto più comune è cotesto errore: *Saepe enim* [dice Triboniano (b)] *de facultatibus suis amplius, quam in his est, sperans homines*. Dunque per rispetto del testatore, la costui sola volontà si attende: e per rispetto
9 dell'erede, il costui solo fatto volontario, cioè l'adizione della eredità, la quale è un quasi contratto, per cui *heres legatorum nomine obligatus intelligitur*, come scrive il suddetto Triboniano (c).

Or per quelle ragioni per cui non può la Duchessa di S. Michele pretendere la deduzione della *falcidia*, per quelle stesse pretender non può, che i legati proporzionalmente si scemino in modo, che abbiano a pareggiare la quota ereditaria a lei lasciata. Come per rispetto della prima, così per rispetto della seconda diminuzione osta a lei la volontà del testatore, che, adita l'eredità, volle, che si pagassero interamente i legati; ed osta a lei il proprio fatto volontario, cioè l'adizione della eredità. Veggio, che gran differenza ci ha tra la prima, e la seconda diminuzione, perchè questa fa, che l'erede non sia in danno: quella, che non sia in lucro. Ma cotesta differenza riguada la condizion dell' erede, non la condizion de' legatarj, a' quali per la volontà del testatore, e per lo proprio fatto volontario dell' erede

(a) *L. in testamento* 12. *C. eod.*

(b) §. *in fraudem* 3. *Inst. qui & ex quib. caus. manumit.*

(c) §. *heres* 5. *Inst. de obl. quae quasi ex contr.*

erede si acquista azione da conseguire gl' interi legati: e se l' erede è in danno, è in danno, perchè l' ha voluto. Prima de' tempi di Giustiniano l' erede per l' adizione restava obbligato sopra le forze della eredità (a), e dopo le nuove costituzioni di Giustiniano resta ancora obbligato sopra le forze della eredità, se non fa l' inventario (b): seguentemente per un proprio fatto volontario, o per una volontaria omissione era allora, ed è oggi, in danno. A confermazion di ciò si finga, che l' erede volontariamente, ed in virtù di un vero e proprio contratto si obblighi di pagare a' legatarj interamente i legati sopra le forze ereditarie, e ne' proprj beni. In tal caso chi è, che osi di dire poter l' erede pretendere, che si diminuiscano proporzionalmente in modo, che pareggino l' eredità? Niuno. Or posta la volontà del testatore ordinante, che interamente si paghino, e che *si obblighino gli eredi di adempire* la di lui volontà non solo *nomine hereditario*, ma ancora *nomine proprio*, non ci è differenza per rispetto de' legatarj tra 'l vero e proprio contratto, e 'l quasi contratto nascente dalla volontaria adizione, perchè questa fa, che l' erede accetti del tutto la volontà del testatore, e secondo essa si obblighi a benefizio de' legatarj: *Quum quis*, dice il Vinnio (c), *hereditatem sibi delatam amplectitur, simul judicium defuncti agnoscere, seque oneribus, quae ex voluntate defuncti subeunda sunt, subjicere creditur, atque ita quodammodo cum legatariis contrahere, taciteque iis se se obligare videtur*. Dicendo il Vinnio, che l' erede per l' adizione si obbliga a' legatarj *tacite*, ci fa chiaramente conoscere, che la differenza tra 'l vero e proprio contratto, e 'l quasi

10

11

12

(a) *L. more* 8. *pr. de adq. her.*, *L.* 1. §. 17. *ad Trebell.*
(b) *L. ult.* §. 4. *C. de jure delib.*
(c) *In cit.* §. 5.

quasi contratto è quella sola, ch' è posta tra l' *espresso*,
13 e 'l *tacito*: e comechè sia, in alcuni casi, maggiore la forza dell' espresso, che del tacito, nondimeno è regolarmente pari la forza delle tacite, che dell' espresse obbligazioni, secondochè per infiniti esempj tratti da' libri della Legge dimostra il Mantica nella sua Opera *de tacitis & ambiguis conventionibus*.

E ricorre invano la Duchessa di S. Michele per difendere la doppia diminuzion, che pretende, alla soprarrecata riserva, con cui accettò la testamentaria disposizion di suo zio. Non ostando a questa nè la Legge, nè l' errore, come già si è provato, ne segue, che, non ostante essa riserva, è adita l' eredità: tanto più, che nello stesso pubblico atto, onde colei ratificò la testamentaria disposizion di suo zio, espressamente soggiunse, che non intendea per quella riserva d' impugnare il testamento; e che in caso contrario volea, che non si avesse per fatta. Si aggiunge, che aveva il testatore permesso quel, che non le permettea la Legge, cioè di rifiutare dentro
14 un anno l' eredità una volta accettata. Per Legge l' erede se ha una volta adita l' eredità, non può più ripudiarla, purchè non l' abbia adita per grave timore, o purchè non sia un minore (a). Contuttociò diè 'l testatore alla Duchessa lo spazio di un anno da pentirsi dell' adizione; ma volle poi, che dopo l' anno *fosse preclusa la via ad ogni apice e pretesto di dire, che i beni ereditarj non bastassero, e frattanto se li godesse deludendo i poveri legatarj*. Non è dunque da comportare, che la Duchessa, dopo più anni, ne' quali ha goduto, come gode ancora, della roba, parli di diminuzion di legati. L' eredità da lei volontariamente accettata non si può rifiu-

(a) *L. si metus caussa* 85. *ff. de adq. vel omit. her. L.* 1. *C. si minor ab hered. se abstin.*

fiutare. Nè mi opponga le proroghe di tre anni datele dal Sig. Vicerè. Coteste proroghe, come apertamente contrarie alla chiara ed espressa volontà del testatore, e come lesive del jus acquistato a' legatarj, dopo il primo anno non poteano dal Principe darsi altrimente, che per ragione di quel *dominio eminente*, che ha la somma potestà civile: e di cotesto diritto usa il Principe quando o commuta le volontà de' defunti, o toglie al terzo il jus acquistato; ma nè può solamente usare *ob publicam utilitatem, cui privatas cedere illi ipsi voluisse censendi sunt, qui in civilem coetum coierunt*, come il Grozio scrive (*a*). Dimostri la Duchessa di S. Michele, che importi alla repubblica, che si violi la testamentaria disposizione del Duca di Bissano, e si tolga a' legatarj un jus già loro acquistato, e 'l Principe di Monteleone si avrà pazienza. Oltracciò falso è 'l motivo da lei allegato per ottenere le proroghe dal Sig. Vicerè. Le si sono date le proroghe sul motivo da lei allegato di *non essersi* nè dentro il primo, nè dentro i susseguenti anni *potuta fare la stima de' beni, e de' crediti ereditarj*. E chi è, cui possa riuscir verisimile, che, trattandosi di una tenue eredità, non si sia potuta nè dentro uno, nè dentro due anni estimare? Or che non vaglia il rescritto del Principe, se siesi orrettiziamente impetrato, è massima tanto indubitata e volgare, che vergognomi di citare a confermarla testi, e Dottori.

Di Casa, nel dì 24 del mese di Settembre dell'anno 1768.

(a) *De jure bell. lib. 3. cap. 20. §. 7.*

Per D. Teresa Grillo contra D. Eleonora Grillo.

ARGOMENTO.

I. Si sostiene, che soggetta ad una reciproca sustituzion fedecommessaria sia tutta l'eredità di D. Lorenzo Grillo.

II. Dimostrasi, che D. Eleonora Grillo non possa detrarre nè legittima, nè trebellianica.

SOMMARIO.

1 *GRande argomento della universalità del fedecommesso è 'l divieto della deduzione della trebellianica.*

2 *Non in altre disposizioni ha luogo la trebellianica, salvochè ne' fedecommessi universali.*

3 *Perchè dai testatori è solito proibirsi la trebellianica, perciò il Notajo* ad id rogatus censetur.

4 *Dove il testatore prescriva, che possa l'erede disporre di una certa quantità, fa presumere di aver proibita la detrazion della trebellianica.*

5 *Quando l'erede per volontà del fedecommettente abbia porzione de' beni ereditarj, non può dedurre la trebellianica, perchè si fa luogo all'imputazione.*

6 *I nomi de' debitori sono da separarsi dai beni mobili, e dagl' immobili, perchè costituiscono essi una terza specie di beni.*

7 *La voce* Beni *comprende tutto ciò, ch' è nel nostro dominio, e i diritti, e le azioni.*

8 *A giudizio di alquanti Dottori, premorendo il padre alla*

la figlia, si risolve il patto riversivo, e riacquista la figlia il drito di disporre delle sue doti. E se la figlia sia erede del padre, il patto riversivo giova alla stessa figlia.

9 *La figlia, che ha rinunziato alla successione per la dote ricevuta, può impunemente esser preterita dal padre.* V. il num. 26. e seg.

10 *La figlia istituita dal padre erede nella dote ricevuta, se possa dimandare il supplemento della legittima, casochè la dote sia infra la legittima.* Ved. il num. seg. Nel num. 12. *si addita la cautela onde non possa la figlia dimandar supplemento.* Ved. il num. 26.

13 *Dal proprio significato delle parole possiam dipartirci dove sia manifesta la contraria volontà del disponente; oppure per mezzo di congetture, specialmente quando trattasi di testamenti.* Ved. i num. 14. e 15.

14 *Non di rado i testatori abusivamente parlano; nè sempre di nomi, e vocaboli proprj si servono.* V. il num. seg.

16 *Le congetture sono tal volta sì veementi, che giungono a farci credere, che volle il testatore dir più di quel, che disse; e che quel, che volle, e non disse, si abbia ad avere come detto.*

17 *Se la ragion del sangue, e 'l favor di persone al disponente congiunte mossero il testatore* ad instituendum, vel legandum, praesumitur caussa finalis. *V. il n.* 35.

18 *Quando più ampia della disposizione è la causa finale, è allora da por mente al solo fine, cui la disposizione è diretta, non alle parole della disposizione.* V. i n. seg.

19 *Quando per la causa finale si estende la disposizione da caso a caso, allora non si fa vera estensione, ma spiegasi un caso compreso sotto la ragion della disposizione.* Ved. i num. seg. e 'l num. 35.

22 *Le condizioni si debbono adempire secondochè suona la*

 let-

lettera, *e nella* forma specifica.

23 *Chi proibisse l'alienazione di un solo stabile, additando la causa finale più ampia della disposizione colle seguenti, od altre simili espressioni*, Quia volo bona mea conservari in familia, *allora s'intende proibita l'alienazione di tutti i beni del disponente*. V. il num. 35.

24 *Gli atti tra' vivi più strettamente s'interpetrano, che le ultime volontà.*

25 *La legittima, dal padre a' figli dovuta, è una porzione di quel, che, succedendo* ab intestato, *avrebbono essi conseguito per Legge. E chi de' figli perde il dritto di succedere* ab intestato, *perde ancora il dritto di pretender legittima.*

26 *Le figlie, che rinunziano con giuramento perdono il diritto di succedere* ab intestato *ai loro padri, e perdono ancora l'azion della legittima, e del supplemento di essa, se muojono i padri con testamento, da' quali possono essere impunemente preterite.*

27 *Quali effetti partoriscano le rinunzie.*

28 *Se le rinunzie generali comprendano ancora la legittima.*

29 *Se possa il padre proibire a' figli la detrazion della trebellianica.*

30 *Se possano i figli, gravati di un fedecommesso universale, dedurre ad un tempo la legittima, e la trebellianica.*

31 *La dote profettizia, morta la figlia senza figli, ritorna al padre.*

32 *Le doti delle figlie, che tengono il luogo della legittima, si possono dai padri sottoporre a fedecommesso reciproco*. Ved. i num. seg.

33 *La* L. si pater puellae 12. Cod. de inoff. testam. *non è stata corretta, come alcuni han creduto*. V. il n. 34.

35 *Le parole* è mia volontà *contengono causa finale*. V. il num. 17. e seg.

AL-

ALLEGAZIONE III.

IL Dottor D. Lorenzo Amato Grillo avendo due figlie, l'una per nome D. Teresa, l'altra per nome D. Eleonora, diè la prima in moglie a D. Vincenzo Franco de' Baroni di S. Agata, la seconda a D. Marcello Grillo: e perchè di ducati 5000 era stata dotata la prima, di altrettanti fu poi dotata ancora la seconda: e quantunque a D. Eleonora se ne fosser promessi ne' capitoli matrimoniali 2000 dal padre, altri 2000 dall' Arcidiacono D. Saverio Grillo fratello di esso D. Lorenzo, e i rimanenti 1000 dalla costui moglie D. Gregoria Sanchez; nondimeno tutti 5000 sono da considerarsi come dati dal padre, perchè costui nel tempo dell'istrumento, col quale ratificò D. Eleonora in casa del marito le cose convenute ne' capitoli matrimoniali, era già erede del fratello; e nel testamento poi diè 'l compenso di que' 1000 alla moglie. Si promisero ne' capitoli matrimoniali, e si fecero poi nelle case de' mariti le più ampie rinunzie, che possan mai imaginarsi; ed alle rinunzie si aggiunse il patto riversivo colla sola facoltà di disporre di ducati 500: il qual patto con quelle parole, con cui era stato da D. Teresa ratificato in casa di suo marito, con quelle stesse fu ancora in casa del marito ratificato da D. Eleonora: e giova, che quì si trascrivano: *Item essa Sign. D. Eleonora ancora cum juramento ratifica, emologa, accetta, e conferma il patto riversivo della dote suddetta di ducati* 5000 *apposto in detti capitoli matrimoniali a favore delli detti dotanti, eredi ec. in caso di morte, quod absit, della detta Sign. D. Eleonora senza figli, o con figli, e quelli morissero in pupillare età, vel quandocunque ab intestato, e senza figli legittimi, e naturali, senza deduzione di legittima, Trebellianica, Falcidia, o al-*

altra quarta, essendosi contratto il detto matrimonio con detti patti, e secondo l'uso di Capoana, e Nido volgarmente detto nella nuova maniera, soggettandosi essa Sign. D. Eleonora in vim patti al detto uso di Capoana, e Nido, e per via anche di donazione irrevocabile tra vivi ec.

Nell'anno 1762 fece D. Lorenzo il suo testamento, nel quale, dopo di avere ordinato, che *nella esecuzione della sua volontà non si desse luogo a deduzione di quarta Falcidia, o Trebellianica*, scrisse ugualmente eredi le suddette due sue figlie, e divise tra esse i beni stabili, e mobili della sua eredità: indi dopo molte altre particolari disposizioni soggiunse: *Item dichiaro, che intendo confermare il patto riversivo apposto ad amendue le mie benedette figlie ne' capitoli matrimoniali per gli duc. 5000 di dote, che anno avuti per ciascuna, come dalle ricevute, e quietanze fattemi per gli atti di Not. Domenico Romeo di Oppido, e di Not. Saverio Lemmi, che morendo l' una senza figli, o con figli, e quelli morissero in età pupillare, o ab intestato quandocunque senza figli, succeda l' altra colla potestà di poter disponere di duc. 500 per l' anima, e così intendo che si dovesse osservare per tutti quelli fondi, che a ciascuna ho lasciati nel presente mio testamento, aggiungendo solamente altri duc. 500, che liberamente potessero dette mie figlie disponere a favore di chi le pare, e piace nel caso morissero senza figli, o quelli morissero in età pupillare, o ab intestato senza figli, in qual caso gli beni stabili dell' una ricadano all' altra, suoi figli, ed eredi, e così reciprocamente si osservi, giacchè la mia volontà è, che gli miei beni si godano da' miei nipoti, figli delle cennate mie benedette figlie D. Teresa, e D. Eleonora Grillo.*

Nell' anno 1767 fece D. Lorenzo un codicillo, nel quale, dopo di aver confermata, da poche cose in fuori, la sua testamentaria disposizione, ordinò, *che seguita la*

sua

sua morte da' suoi eredi si facesse nelle debite forme solenne inventario di tutto e quanto si ritrovasse nella sua eredità tanto di stabili, come di mobili, oro, argento, danaro contante, ed ogni altro per ogni futura cautela, e per darsi esecuzione a quanto aveva ordinato tanto nel testamento, quanto ne' capitoli matrimoniali fatti a dette sue figlie, ed eredi.

Or poichè D. Teresa ha figli, e non ne ha D. Eleonora, nata tra loro è una lite, cui dee por fine il S. C. Crede D. Teresa, che soggetta ad una reciproca sustituzion fedecommessaria sia tutta l' eredità di D. Lorenzo, e che perciò di 1000 ducati possa D. Eleonora disporre, nè altro pretendere per qualunque altra causa. Al contrario crede D. Eleonora, che la reciproca sustituzion fedecommessaria non altro comprenda, che le doti, e i beni stabili. Su questo solo punto si è dato, e compilato il termine. Ma dopo la compilazion del termine diè *Supplica* D. Eleonora pretendendo la deduzion della legittima; e comechè su questa nuova petizione nuovo termine si fosse dato, fu dal S. Consiglio interposto decreto, *quod suspenso decreto termini procedatur ad expeditionem caussae super termino jam compilato, & de deductis pro parte D. Eleonorae habeatur ea ratio, quae de jure habenda erit tempore ferendae sententiae*. Pur non contenta D. Eleonora di cotesta petizione ne fece anche un' altra con una seconda *Supplica*, e fu la petizione della quarta Trebellianica di quella parte di eredità, che avrebbe dovuto restituire: nè cotesta petizione ha meritato altro, che una semplice *monizione*. Finalmente si parlò in Ruota della enormissima lesione, cui era soggiaciuta D. Eleonora nella rinunzia, che fece. Or io, poichè avrò dimostrato, che soggetta ad una reciproca sustituzion fedecommessaria è tutta l' eredità di D. Lorenzo Grillo, dirò qualche cosa ancora delle due ingiustamen-

te

te pretese deduzioni della legittima, e della Trebellianica: ma nulla intendo di dire della suddetta lesione, come di quella, ch' è da riserbarsi ad un giudizio del tutto nuovo.

CAPO I.

Soggetta ad una reciproca sustituzion fedecommessaria è tutta l'eredità di D. Lorenzo Grillo.

PRemetto una circostanza di fatto, la quale aggiungerà gran forza agli argomenti, onde intendo io di dimostrare l'universalità della reciproca sustituzion fedecommessaria ordinata da D. Lorenzo Grillo: e la circostanza è questa, che'l danaro, l'argento, l'oro, i generi, e gli altri mobili, che D. Eleonora non vuol compresi nel fedecommesso, ascendono a più di ducati trentamila: e certa fede ne fanno l'inventario fatto da D. Teresa, e da essa D. Eleonora, e l'istrumento di divisione, che tra esse sorelle si stipulò nel dì 8 del mese di Maggio dell'anno 1768.

Ecco ora sei argomenti della universalità del fedecommesso, quattro tratti da quattro luoghi del testamento, il quinto da un luogo del codicillo di D. Lorenzo, e 'l sesto da tutto il contesto del testamento, e del codicillo. Nel testamento e' dice così: *Nella esecuzione della mia volontà non si dia luogo a deduzione di quarta Falcidia, o Trebellianica*. Grande argomento della universalità del fedecommesso è, a giudizio de' Dottori (a), il di-

1

(a) *V. Fusar. de subst. q. 277. n. 12., & Card. de Luca de fideic. disc. 130. n. 8.*

divieto della deduzione della Trebellianica: e la ragione è questa, perchè non in altre disposizioni cotesta quarta ha luogo, che ne' fedecommessi universali (*a*). Nè sì fatto divieto è da aversi per una delle clausole, che sono solite di apporre i notaj, senza che vi badino i testatori; tra perchè Dottor di Leggi era D. Lorenzo, tra ancora perchè avendo in mente fin dal tempo delle nozze delle sue figlie la disposizion, che poi fece nel testamento, volle, che da loro nominatamente si rinunziasse a cotesta deduzione, come costa dalle già trascritte parole del patto riversivo apposto a' capitoli, e confermato nel testamento. Aggiungo due cose. L' una è, che quando anche un idiota fosse stato il nostro testatore, pur sarebbe da presumere fatto quel divieto con quella general volontà, con cui si rimettono gl' idioti a quel, che sa fare il notajo: anzi perchè da' testatori è solito di farsi un tal divieto, *notarius ad id rogatus censetur*, come parla il Card. de Luca (*b*) seguendo l' opinione d' Imola detta da lui *magis communem & receptam*. L' altra è, che 'l nostro testatore prescrisse una quantità molto minore della Trebellianica, e di essa solamente volle, che le figlie potesser disporre, come dirò più giù: e posto ciò non si può più dubitare, che di sua volontà quel divieto si è fatto. *Quoties testator*, così la Ruota Romana per comun sentimento de' Dottori (*c*), *designat, quid & quantum sibi capere debeat heres, videtur illi prohibere Trebellianicam*. Or se D. Lorenzo Grillo, proibendo la deduzion della Trebellianica, non volle lasciar libera alle figlie nè meno la quarta parte della sua eredità, non è da

2

3

4

(a) *L. in quartam 91. ad L. Falcid. L. mulier 22. §. 2. ad Trebel., & §. sed quia 7. Inst. de fideicom. hered.*
(b) *De legit. disc. 32. n. 6. v. contrarium.*
(c) *Mantis. ad de Luca lib. 9. decis. 56. n. 18. vol. 1.*

munemente si dice, che costituiscono essi una terza spe- cie di beni. Dunque il credito de' ducati 1500 non era certamente uno stabile: contuttociò perchè ne potesse D. Teresa disporre, fu uopo, che 'l testatore gliene desse espressamente la facoltà. Or se avesse il testatore sottoposti a fedecommesso i soli stabili, inutile, anzi ridicola sarebbe stata quella facoltà ristretta a quel credito solo, ed alle sole persone de' figli, quandochè, non trattandosi di stabili, avrebbe colei potuto liberamente disporne a benefizio di qualunque estranea persona.

Ma chiaro sopra tutti è quel luogo del testamento: *La mia volontà è, che gli miei beni si godano da' miei nipoti, figli delle rennate mie benedette figlie D. Teresa, e D. Eleonora Grillo.* Questo luogo del testamento come può mai restringersi agli stabili soli? *I miei beni*, dice il testatore: e cotesto indefinito modo di dire val quanto l'universale *Tutti i miei beni;* anche perchè la voce *beni*, 7 tuttochè usata senz' altro aggiunto dinotante universalità, secondo il suo proprio significato, *universitatem quandam demonstrat*, come parla Africano (a): e comprende, al dir di Ulpiano (b), tutto ciò, ch' è nel dominio nostro, od in qualunque legittimo modo a noi si appartiene, e conseguentemente i diritti, e le azioni ancora.

Il luogo poi del Codicillo, donde io traggo il quinto argomento, è quello, ove il testatore ordinò, che *seguita la sua morte da' suoi eredi si facesse nelle debite forme solenne inventario di tutto e quanto si ritrovasse nella sua eredità tanto di stabili, quanto di mobili, oro, argento, danaro contante, ed ogni altro per ogni futura cautela.* Il fine, per cui D. Lorenzo cotest' obbligo ingiunse alle figlie, non fu già, perchè divenissero eredi

 be-

(a) *L. bonorum* 208. *de verb. sign.*
(b) *L. bonorum* 49. *ff. cod.*

beneficiate, e, sopravvenendo creditori, non fossero in danno. Lasciava egli una eredità, nella quale, oltre gli stabili, e i mobili, erano molti crediti di più e più migliaja mentovati nel testamento, e ben pochi debiti ascendenti tutti a duc. 400 descritti nell' inventario, e nell' istrumento di divisione. Dunque ingiunger volle alle figlie l' obbligo di quell' inventario, cui sono tenuti di far coloro, che, amministrando roba soggetta a restituzione, debbano un giorno darne conto ad altrui. E non oscuramente l' espresse, soggiungendo, che quell' obbligo ingiungea *per darsi esecuzione a quanto aveva ordinato tanto nel testamento, quanto ne' capitoli matrimoniali fatti a dette sue figlie, ed eredi*. E quali cose aveva egli ordinate ne' capitoli, e nel testamento? Avea ne' capitoli dotate le figlie a condizione, che consentissero nel patto riversivo, e rinunziassero a qualunque successione, ed alla deduzion della legittima, della Falcidia, e della Trebellianica, come in fatti fecero nelle case de' loro mariti: e queste istesse cose confermò poi nel testamento. In virtù del detto patto, e di sì fatte rinunzie ben poteva impunemente preterirle, tuttochè figlie, secondochè dimostrerò più giù: contuttociò volle istituirle eredi, ma volle nel tempo stesso *l' esecuzione di quanto aveva ordinato ne' capitoli matrimoniali*; cioè volle, che godessero le figlie de' frutti della sua eredità, ma nel caso della morte senza figli si facesse luogo al patto riversivo, e che nè legittima, nè Falcidia, nè Trebellianica si deducesse. Che se non altro, che l' esecuzione di tutto ciò fu 'l solo fine, per cui loro ingiunse l' obbligo dell' inventario, ed in questo si dovea descrivere, oltre le sole doti, e gli stabili, quanto aveva egli lasciato di mobili, di oro, di argento, di denar contante, e di ogni altro, necessariamente ne segue, che l' inventario si ordinò, perchè le figlie, da que' 1000 ducati in fuori, de' quali av-

rebbe

rebbe ciascuna potuto disporre, nulla aver poteano di proprio, e di tutto doveano dar conto ad altrui.

Ed a chi mai dovea darsi cotesto conto? Ai proprj loro figli. I figli delle figlie, molto più, che le figlie stesse, furono contemplati dal nostro testatore. Contemplate nel solo usufrutto della eredità furon le figlie: contemplati nell' usufrutto, e nella proprietà di tutt' i beni ereditarj furono i loro figli. Di ciò ci assecura tutto il contesto del testamento, e del codicillo: ed ecco il sesto argomento della universalità del fedecommesso, contra cui non ci è risposta, che vaglia. I. Avendo D. Teresa nel tempo del testamento paterno quattro figli maschi fece D. Lorenzo varie particolari disposizioni a benefizio de' suddetti figli, e loro discendenti: ed a' figli, e discendenti di D. Teresa sustituì i figli, che sarebbono nati da D. Eleonora, e i loro discendenti: e vicendevolmente fece ancora altre particolari disposizioni a benefizio della sperata discendenza di D. Eleonora, e le sustituì la discendenza di D. Teresa. II. Di tutti gli altri suoi beni ereditarj lasciò alle figlie il solo usufrutto, ed a' nipoti la piena proprietà senz' alcun vincolo di ulterior fedecommesso, perchè ne potessero liberamente disporre: la quale illimitata libertà di disporre è 'l più chiaro, e 'l più certo segno di predilezione. III. Patrimonio proprio delle figlie erano le doti: e pure non volle D. Lorenzo permettere, che in vita, od in morte, quandochè morissero con figli, ne potesser disporre nè molto, nè poco. Nel solo caso, che non ci fossero figli, diè a ciascuna di esse la facoltà di disporre ne' capitoli di duc. 500, nel testamento di 1000. Tuttochè prevedesse, che, morto lui, tutta la sua eredità sarebbe pervenuta a' figli delle sue figlie, pur non volle tor loro que' 500, e que' 1000 ducati. Or se in grazia de' nipoti non volle alle figlie permettere di disporre, in alcun modo della propria loro roba, com' è da credere,

che

che alla libera loro disposizione avesse voluto lasciare la più gran parte della sua? Nè per rispetto di ciò si è detto ancor tutto. Anno alcuni Dottori portata opinione
8 (a), che, premorendo il padre alla figlia, risolvasi il patto riversivo, e riacquisti la figlia il diritto di disporre delle sue doti. Che che sia di ciò, se poi la figlia è erede del padre, non è da dubitare, che quel patto a' capitoli apposto a benefizio come del padre, così degli eredi, giovi ancora alla figlia: contuttociò non volle il testatore, che alle figlie giovasse, ed in quel testamento, in cui le scrisse eredi, in quello stesso testamento il confermò, e 'l confermò espressamente a comodo de' loro figli. Lo stesso è da dire della legittima. Parlando il Maranta (b)
9 de' notai, che, credendo esser nullo il testamento, nel quale il padre preterisce la figlia, che abbia rinunziato alla successione, la fanno istituire erede nella dote ricevuta, aspramente gli riprende come quelli, che, credendo di giovare al testatore, gli nocciono; perchè, posta la rinunzia fatta dalla figlia, può 'l padre impunemente
10 preterirla; ed al contrario, quando sia dal padre istituita erede, riacquista, per volontà del padre istesso, i primieri diritti: e conseguentemente se la dote è infra la legittima, ne può pretendere il supplemento. Ma nè meno in tal
11 caso crede il dottissimo Antonio Fabro (c), che possa la figlia pretendere il supplemento della legittima per la ragione, che se la figlia riacquista per la istituzione i primieri diritti, non altrimente gli riacquista, che per la volontà del padre rinunziatario, il quale invitando la figlia a quella successione, cui avea colei rinunziato, cede a quel jus, che avea per la rinunzia della figlia ac-

(a) *V. addit. ad Decis.* 353. *Reg. Sanfelic.*
(b) *Disp.* 10. *n.* 26.
(c) *De error. Prag. dec.* 14. *err.* 4.

acquistato; ma cotesta cessione, che fa 'l padre del suo diritto, non può estendersi oltre la volontà del padre espressa nel testamento; e perciò se nella sola dote scrive erede la figlia, ed in qualche altra cosa ancora, che non pareggi la legittima, sino alla espressa quantità, e non oltre assi a credere, che abbia il padre ceduto al suo diritto. Quandochè poi il padre, che scrive erede la figlia, espressamente vuole, che resti ferma la rinunzia da lei fatta, cessa allora ogni disputa, nè può ella pretender altro. *Cautela est*, dice lo Schettini (a), *ut in institutione testator addat, firma remanente renunciatione facta, ut pluries servavi*. E di questa cautela si valse il nostro testatore, ordinando nel testamento *l'esecuzione di quanto erasi convenuto ne' capitoli matrimoniali*, in cui aveano le figlie espressamente rinunziato alla legittima. IV. Questa tanta predilezione ne' nipoti conferma quel, che di sopra si è detto, che l'ordine dato da D. Lorenzo alle figlie di formare un inventario di tutto ciò, che alla eredità sua si appartenesse, fu dato, perchè i nipoti, a' quali doveano le madri, morendo, il tutto restituire, avessero quella cautela, che ciascun fedecommessario può pretendere dal gravato, e che essi come pupilli, o non ancora nati non avrebbon richiesta. V. Finalmente quando tal non fosse la mente di D. Lorenzo Grillo, qual'io l'ho raccolta dal contesto del testamento, e del codicillo, inutile, anzi falsa sarebbe la dichiarazion da lui fatta nel testamento, *che sua volontà era, che i suoi beni si godessero da' suoi nipoti, figli delle sue figlie*. 12

Mi si oppongono due luoghi del testamento. Il testatore dopo di avere ordinato, che, morendo senza figli una delle sue figlie, passasse la costei dote all'altra in virtù del patto riversivo, soggiunse: *E così intendo, che si* [illegible] *edo-*

(a) *De pact. success. p. 3. sect. 4. q. 6. n. 93.*

dovesse osservare per tutti quelli fondi, che a ciascuna ho lasciati nel presente mio testamento. Ecco, dice D. Eleonora, i soli *fondi*, cioè gli stabili, e non altro sottopone il testatore a quella sustituzion fedecommessaria, cui avea sottoposte le doti. Soggiunge poi nello stesso periodo il testatore: *In qual caso* (cioè nel caso, che una delle figlie muoja senza figli) *gli beni stabili dell' una ricadano all' altra, suoi figli ed eredi: e così reciprocamente si osservi*. Ecco, dice D. Eleonora, ai soli stabili, oltre le doti, è ristretto il fedecommesso.

Alla obbjezione, che si fa nascere dalla parola *fondi*, potrei rispondere, che avendola il testatore usata dappoichè avea già disposto di tutto il suo patrimonio, la cui più gran parte consisteva in nomi di debitori, in danar contante, in oro, in argento, in una gran quantità di olio, ed in altro, che stabile non era, sotto la parola *fondi* comprese tutta la sua roba, come nel nostro volgare tutta la roba di una casa si spiega per quell' usitatissimo modo di dire: *E' casa, che ha gran fondi*: e 'l potrei ancora confermare per un luogo del testamento, ove dà il testatore a D. Teresa la facoltà di disporre de' ducati 1500 dovutigli da D. Domenico di Franco *sopra gli effetti, e fondi della casa* del debitore: nelle quali parole la voce *fondi* non si restringe di certo a' soli stabili. Ma si prenda pure la voce *fondi* nel significato di stabili, e si conceda ancora quel, che non si può negare, che la parola *stabili*, usata nello stesso periodo dal testatore, non possa, secondo il proprio significato, comprendere i mobili: quinci non seguirà, che si debba al solo suono delle voci por mente, e non a tutto il contesto del testamento, e del codicillo, ed alle gravissime congetture, che ne sorgono, della contraria volontà del
13 testatore. So, che scrisse il giurisconsulto Marcello (a): *Non*

(a) *L. non aliter 69. de leg. 3.*

Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam quum manifestum est, aliud sensisse testatorem; ma so ancora, che quel *manifestum* di Marcello non esclude le congetture. Non l' escluse il giurisconsulto Ulpiano (a), che dopo di aver detto, ch' *evidente* esser dovea la volontà del testatore, soggiunse, *quae ex multis COLLIGETUR*: nè l' escluse il giurisconsulto Papiniano (b), che sponendo un rescritto degl' Imperadori Marco e Commodo, i quali avean detto, *voluntatem mutuae factae substitutionis MANIFESTAM videri*, scrisse, che parve manifesta la volontà del testatore, perchè *in caussa fideicommissi, utcumque precaria voluntas quaereretur, CONJECTURA potuit admitti*. Nè di ciò si dubita appresso i Dottori. Vaglia per tutti il solo Card. Mantica (c): *Propter praesumtam voluntatem defuncti receditur a propria verborum significatione . . . . & a verbis receditur, quando ex interpretatione juris aliud est verisimile . . . nam licet in fideicommissariis etiam libertatibus relinquendis vulgaribus verbis testator uti debeat, & quibus evidenter voluntas sua exprimi possit, ex praesumtione tamen libertas praestita videtur . . . . . ex legitimis enim conjecturis evidens demostratur voluntas testatoris . . . & quidem saepe receditur a propria verborum significatione ratione verisimilis voluntatis testatoris*. Ma perchè non mi valgo io dell' autorità di quello stesso Marcello, il quale non vuole, che ci dipartiamo dal proprio significato delle parole? Quell' istesso Marcello ci fa sapere, che cotesta regola non si ha strettamente da osservare ne' testamenti. *Non enim*, e' dice (d), *in caussa testamentorum ad definitionem* 14

(a) *L. licet 74. de leg. 1.*

(b) *L. quum proponebatur 64. de leg. 2.*

(c) *De conject. ult. vol. 3. tit. 5. n. 2.*

(d) *Dict. L. non aliter 69. §. 1. de leg. 3.*

utique (a) *descendendum est*, *quum plerumque* (notisi questo *plerumque*) *abusive loquantur testatores*, *nec propriis nominibus*, *ac vocabulis semper utantur*.

Che se a taluno può parer troppo, che giungano le congetture a fare, che chi ha detto *fondi* e *stabili* abbia inteso di comprendere ancora i nomi de' debitori, e tutti i mobili della eredità, ecco gli do io un esempio tratto dai Libri delle Leggi, nel quale ebbero le congetture molto maggior forza di quella, che nel nostro caso bisogna. Molto più grande è la differenza tra la servitù dell' usufrutto, e la proprietà, che non è tra gli stabili, e mobili: e pure in forza di una sola congettura trasformasi in proprietà la servitù dell' usufrutto appresso il giurisconsulto Pomponio. Finge Pomponio (b), legato l' usufrutto di una casa a condizione, che 'l legatario si fosse obbligato di non alzarla, perchè non si oscurasse un' altra casa, che rimaner dovea presso l' erede: *Si ille heredi meo promiserit*, *per se non fore*, *quo altius ea aedificia tollantur*, *tum ei eorum aedificiorum usumfructum do*, *lego*: e per l' autorità di Procolo dice, potersi a cotesto modo legare l' usufrutto. E come poteva un semplice usufruttuario alzar la casa più su? come potea sulla casa, di cui aveva il solo usufrutto, costituire la servitù *altius non tollendi* a comodo della casa dell' erede? La condizione di non alzar la casa al legato della proprietà poteva apporsi, non al legato dell' usufrutto: e'l testatore di usufrutto avea parlato, non di proprietà. Ma da cotesta condizione appunto si trae la congettura, che 'l testatore *abusive loquutus est*, *nec proprio vocabulo est usus*, come il giurisconsulto Marcello diceva, e che sebbene avesse scritto *usufrutto*, intese di dire *proprietà*.

Così

(a) Forse è da leggere, *ad definitionem usque*.
(b) *L. Proculus* 19. *de usufr.* & *quemadm. quis ut.*

Così su quel luogo il dottissimo Accursio (a): *Plenam proprietatem legasse videtur legando usumfructum, prohibuit enim eum altius tollere: quae prohibitio in eo, cui est legata proprietas, valet ut servitus imponatur: in fructuario vero nulla est, quia & sine prohibitione altius non tolleret*. Nè questo è 'l solo esempio, che di sì strane abusioni ci danno i Libri del jus Civile: altri ancora lo stesso Accursio ne reca. Che se nel caso di Pomponio, per una sola congettura, l'usufrutto trasformasi in proprietà, nel caso nostro per più congetture, e tutte del genere di quelle, che *veementi*, e *necessarie* da' nostri Dottori si appellano, è certamente da credere, che sebbene avesse D. Lorenzo Grillo usate le voci *fondi*, e *stabili*, nondimeno comprender volle anche i nomi de' debitori, e i mobili eccedenti il valore di ducati 30000. Com' è possibile, che alla libera disposizion delle figlie avesse voluto lasciare 30000 e più ducati quel D. Lorenzo, che vietò loro espressamente la deduzion della Trebellianica? quel D. Lorenzo, che tolse loro ne' capitoli, e nel testamento la facoltà di disporre del proprio loro patrimonio, qual'erano le doti: e se permise loro di disporre ne' capitoli di duc. 500, e nel testamento di 1000, nel solo caso il permise, che morissero senza figli: quel D. Lorenzo, che molto più contemplò i figli delle figlie, che le figlie istesse: quel D. Lorenzo in fine, che dichiarò nel codicillo esser sua volontà, che i suoi beni si godessero da' suoi nipoti. E non è qui da omettere, che giungono ancora le congetture a farci credere, che volle il testatore dir più di quel, che disse, e che quel, che volle, e non disse, si abbia da avere come detto. 16 *Si omissa fideicommissi verba sunt*, sono parole di Papi-

 pia-

(a) *Verb. usumfructum.*

niano (a), & *caetera, quae leguntur, cum his, quae scribi debuerant, congruant: recte datum; & minus scriptum intelligitur: quam sententiam optimus quoque Imperator noster Severus sequutus est*. E chi è, cui possa parere, che *congruant* colle voci *fondi*, e *stabili* le *veementi* e *necessarie* congetture, che ho io recate in mezzo, della contraria volontà del testatore? Queste *congruunt cum his, quae scribi debuerant*, non già *cum his, quae leguntur*.

Ma trascrivasi l'intero luogo del testamento, in cui parla D. Lorenzo Grillo di *stabili*, e molto meglio si conoscerà, che di cotesta nimica voce non è da tenere alcun conto. Il luogo intero è questo: *In qual caso* (della morte di ciascuna delle figlie senza figli) *gli beni stabili dell'una ricadano all'altra, suoi figli ed eredi, e così reciprocamente si osservi, giacchè la mia volontà è, che gli miei beni si godano da' miei nipoti, figli delle cennate mie benedette figlie D. Teresa, e D. Eleonora Grillo*. La voce *giacchè*, secondo il proprio significato, dinota la ragione e la causa finale della disposizione: e quando ancora tal non ne fosse il proprio significato, il solo favore di persone tanto al testatore congiunte, quanto sono i figli delle proprie figlie, basterebbe a non farci dubitare, che le parole, *mia volontà è ec.* contengano causa finale: *Neque illud omittendum censeo*, dice il Mantica (b), *quod si ratio sanguinis movit testatorem ad instituendum, vel legandum, illa praesumitur caussa finalis*. Or chi non vede, che la ragione e la causa finale è molto più ampia della disposizione? Nella disposizione dice il testatore: *Gli beni STABILI dell' una ricadano all' altra*: nell' addurne poi la ragione e la causa finale non dice, *Giacchè la mia volontà è, che gli stabili, o* che

17

(a) *L. unum ex familia 67. §. 9. de leg. 2.*
(b) *De conject. ult. vol. lib. 6. tit. 14. num. 17.*

che *i detti beni*, ma indefinitamente, *che i MIEI BENI si godano ec.* E chi non sa, che quando più ampia della disposizione è la causa finale, è allora da por mente al solo fine, cui la disposizione è diretta, non alle parole della disposizione? *Verba ipsius dispositionis*, scrive il Molina (a), *consideranda non sunt, sed finis, ad quem dispositio ipsa dirigitur:* e quantunque da' Dottori comunemente si dica, che la ragione più ampia estende la disposizione dalle cose espresse alle cose non espresse, nondimeno meglio dice il Molina (b), che *expressum dicitur illud, quod sub ratione comprehenditur, quamvis verbis omissum sit ..... in his enim, quae sub ratione comprehenduntur, non dicitur fieri interpetratio extensiva, sed comprehensiva.* Massime sono queste acconciamente tratte dai Libri delle Leggi. Aveva una madre scritti eredi i figli sotto la condizione, se fossero emancipati dal padre: e perchè la causa finale di sì fatta disposizione era il volere, che, sciolta per la emancipazione la padria potestà, si acquistasse la roba a' figli, non al marito; e cotesto fine sarebbesi ancora conseguito per la deportazione, o per la morte del padre, l'Imperadore Antonino, badando al fine, e nulla curando le parole della disposizione, rispose (c), che sebbene della sola emancipazione avesse parlato la testatrice, pur si sarebbe per la deportazione, o per la morte del padre verificata la condizione. Così essendosi alle tavole nuziali apposto il patto, che la donna, premorendo il marito, facesse il tale, o 'l tal lucro, l'Imperador Giustiniano dichiarò (d), che

18

19

20

21

(a) *De primog. lib. 1. cap. 5. n. 14.*

(b) *Lib. 1. cap. 5. n. 11. & 12.*

(c) *L. si mater 3. C. de inst. & subst.*

(d) *L. sancimus 53. §. 3. & L. Deo nobis 56. pr. C. de Episc. & cler. & Nov. 22. cap. 5.*

che 'l convenuto lucro farebbesi dalla donna anche nel caso del monachismo del marito, appunto perchè più ampia della disposizione è la causa finale. Cotesto lucro è un compenso, che alla donna si dà della perdita del marito, e 'l marito come per la morte, così per lo monachismo si perde. E sono quì da notare due cose: l'una, che le cause finali, ne' due casi di Antonino, e di Giustiniano, si raccolgono per congetture, non sono espresse, come nel nostro: l'altra è, che ne' suddetti due casi prevale la causa finale, tuttochè trattisi di condi-
22 zioni, le quali per Legge si debbono adempire secondochè suona la lettera, e, come parlano i nostri, nella *forma specifica* (a). Ponga fine a questo Capo un bellissimo luogo del Capone, in cui espressa è la causa finale con quelle stesse parole, colle quali D. Lorenzo Grillo
23 l'espresse. Per l'autorità di ben molti Dottori scrive il Capone (b): *Quando testator vel fideicommittens in con-*
24 *tractu* [e parla ancora di fedecommesso fatto per atti tra' vivi, che più strettamente s'interpetrano, che le ultime volontà (c)] *prohibuit aliqua bona, vel unam rem alienari cum ratione in prohibitione, quae comprehendat omnia bona, puta si testator, vel donans dixisset: prohibeo DOMUM MEAM alienari* [ecco posto nella disposizione un solo stabile] *quia VOLO BONA MEA conservari in familia*, [ecco una causa finale più ampia della disposizione] *tunc non solum illa bona specificata, sed omnia prohibita dicuntur.*

CA-

(a) *L. qui heredi 44. & L. Maevius 55. de condit. & demonstr., & L. heredibus 77. §. 1. ad Trebell. V. Fabr. de conject. lib. 9. cap. 3., & lib. 17. cap. 14.*

(b) *Controv. 3. num. 17.*

(c) *L. in testamentis 12. de reg. juris, ubi Wisenbach.*

CAPO II.

D.Eleonora non può detrarre nè legittima, nè Trebellianica.

La pretensione di cotesta doppia detrazione è stata, secondochè ho detto, da D.Eleonora dedotta dopo la compilazione del termine dato, e compilato sulla universalità del fedecommesso; e perchè non può sì fatta pretensione condursi altrimente ad effetto, che togliendosi di mezzo la rinunzia da lei fatta in un pubblico giurato istrumento, è chiaro, che non può altro, che un nuovo termine meritare: onde ben potrei rimanermi di farne altro motto. Ma poichè l' ho promesso, e brevemente, come le angustie del tempo, in cui scrivo, mel possono permettere, dimostrerò, che, posta l' universalità del fedecommesso, nè legittima, nè Trebellianica le può spettare.

La legittima, dal padre a' figli dovuta, è una porzione di quel, che, succedendo *ab intestato*, avrebbono essi conseguito per Legge. Quinci segue, che chi de' figli perde il diritto di succedere *ab intestato*, perde ancora il diritto di pretender legittima: *Semper est vera regula, ut qui ab intestato sunt exclusi, legitimam petere non possint*, sono parole del Torre (a), che 'l prova per quattro luoghi de' Libri della Legge, senza che ce ne fosse alcun uopo, perchè la cosa è chiara da se. Pur veggasi quel, che nel Codice ne scrive il Fabro (b). Che poi le rinunzie, che fanno con giuramento le figlie, facciano per-

25

26

(a) *De pact. futur. success. lib. 2. cap. 19. n. 7.*
(b) *Lib. 3. tit. 19. def. 1.*

perder loro il diritto di fuccedere *ab inteftato* ai loro padri, e che confeguentemente faccian loro anche perdere l'azione alla legittima, ed al fupplemento di effa, fe muojano i padri con teftamento, dal fuddetto Torre fi prova per più ragioni legali, e per l'autorità di quafi tutti i Dottori (*a*). In fomma per sì fatte rinunzie diventano le figlie del tutto eftranee, e come tali poffono effer da' padri impunemente preterite. *Si pater*, fcrive il Cancerio, e lo fcrive fenza contraddetto di alcuno (*b*), *praeterierit in teftamento filiam, quae paternae hereditati cum juramento renunciaverat, an teftamentum ex cauffa dictae praeteritionis fit nullum? Refpondetur, quod non, etenim quum talis filia propter dictam renunciationem patri ab inteftato non fuccedat, eft certum, poffe patrem*

27 *eam praeterire*. Ciò fi conferma per quel, che del fine, e degli effetti delle rinunzie s'infegna comunemente da' Dottori, e nominatamente dal noftro de Marinis in una fua dottiffima *Rifoluzione* (*c*) altamente commendata dal Card. de Luca (*d*). Cotefte rinunzie fi fono introdotte o per lo favore de' mafchi, fe'l padre muore *ab inteftato*, o perchè acquifti il padre, volendo far teftamento, la libertà di difporre. Nel primo cafo l'effetto della rinunzia è quefto, ch'efclufe le figlie fuccedono i foli mafchi: nel fecondo l'effetto è quefto, che anche dagli eredi e-

28 ftranei fono efclufe le figlie. Uno è 'l dubbio, fe le rinunzie generali comprendano ancora la legittima. Efamina dottamente le due contrarie opinioni il fopraccitato Torre (*e*). Nel Senato di Savoja fi giudicò fecondo l'opi-

(a) *In cit. cap. 19. a n. 2.*
(b) *Var. refolut. p. 1. cap. 4. de teftam. n. 69.*
(c) *Lib. 2. refolut. 189.*
(d) *De renunciat. difc. 3. n. 9.*
(e) *In cit. cap. 19. a n. 14.*

l'opinione negativa (*a*), che al Fabro mai non piacque (*b*): ma 'l Card. de Luca, ch'è 'l più fedel testimonio delle sentenze più ricevute nel foro, ci assecura (*c*), che *verior, magisque recepta est affirmativa, quoties ipse parens renunciatarius disponat; quoniam bujusmodi renunciationes per parentes a filiis procurari solent ad obtinendam disponendi libertatem*. Che che sia di ciò, noi siamo fuori di dubbio. La rinunzia ne' capitoli di D. Eleonora promessa, e da lei fatta con giuramento in casa del marito comprese nominatamente la legittima. E quì torna assai bene un bel luogo del Fabro (*d*): *Si legitimae quoque renunciatum sit, licet pro minori quantitate, quam quae ad legitimam sufficiat, CONSTAT INTER OMNES tantam esse vim renunciationis, ut nec legitimae supplementum peti possit.... In lucro igitur ponere renuncians debebit, si quid ei praeterea vel ex testamento, vel ex alia voluntate obvenerit, eaque accessione, quantacumque tandem illa erit, contentam eam esse oportebit*. Nè per quel, che si è detto nel I Capo, l'essere stata D. Eleonora instituita erede dal padre potè farle riacquistare quel diritto alla legittima, che per la rinunzia avea perduto, giacchè quell'istesso testatore, che la scrisse erede, quell'istesso confermò nel suo testamento il patto riversivo apposto a' capitoli delle sue figlie contenente tra le altre cose la spezial rinunzia della legittima; e, riepilogando poi nel testamento il suddetto patto, confermò la facoltà quivi lor data di disporre solamente di una determinata quantità, che da' ducati 500 estese a 1000: conseguentemente usò quella cautela, che toglie di mezzo

(a) *Fabr. in Cod. lib. 3. tit. 19. def. 1.*
(b) *De err. pragm. dec. 12. err. 5.*
(c) *De legit. disc. 40. n. 16.*
(d) *De err. pragm. dec. 14. err. 4.*

ogni diſputa. *Cautela eſt* [mi giova di traſcrivere un' altra volta le parole dello Schettini (*a*)] *ut in inſtitutione, aut legato pater addat FIRMA REMANENTE RENUNCIATIONE FACTA*. Che ha ora che fare col noſtro caſo quel, che in Ruota ſi diſſe di non eſſerſi nel teſtamento di D. Lorenzo Grillo uſata la cautela detta volgarmente di Soccino? Queſta convien, che ſi uſi quando la figlia ha diritto alla legittima, non quando per la rinunzia l'ha perduto.

Quel, che ſi è detto della legittima, è ancor da dire della Trebellianica. Sia pur vero, che non poſſa il padre proibire a' figli la deduzione della Trebellianica, il che, a giudizio de' dotti interpetri delle Leggi, è un intollerabile errore (*b*): e ſia ancor vero, che poſſano i figli, gravati di un ſedecommeſſo univerſale, dedurre ad un tempo la legittima, e la Trebellianica, la qual doppia deduzione fu del tutto ignota a' Romani giuriſconſulti, ed è apertamente contraria ai più ſaldi principj del dritto (*c*); coteſte maſſime a D. Eleonora non giovano nè molto nè poco. Se a lei ſi nega la Trebellianica, non le ſi nega come proibita dal padre nel teſtamento, ma come da lei volontariamente, e con giuramento rinunziata, ed irrevocabilmente tra' vivi donata al padre. E quì ſi rifletta, che quando D. Eleonora ratificò nella caſa del marito il patto riverſivo, e rinunziò nominatamente alla deduzione della legittima, e della Trebellianica, ſoggiunſe: *E per via anche di donazione irrevocabile tra' vivi*.

29

30

Ma è coſa troppo dura, che nè legittima, nè Trebel-

(a) *P. 3. ſect. 4. q. 6. n. 93.*

(b) *V. Vinn. ad §. 7. Inſt. de fideicommiſſ. hered. n.* 2.

(c) *V. Cujac. Obſ. lib.* 8. *cap.* 3. *Fabr. de error. pragm. dec.* 11. *err.* 7. *Peret. ad tit. C. de S. C. Trebell.*

bellianica ad una figlia si dia; ed oltracciò si sottoponga a fedecommesso anche la dote.

Poche figlie (rispondo io) sono state sì ben contemplate da' loro padri, come D. Teresa, e D. Eleonora da D. Lorenzo Grillo. Del patto riversivo apposto a' capitoli, e confermato nel testamento, non possono esse dolersi: *Dos a patre profecta* [egli è questa una Legge dell' 31 Imperadore Alessandro (a)] *si in matrimonio decesserit mulier filiafamilias, ad patrem redire debet*. Fu questa Legge da Martino intesa del caso, che muoja la donna senza figli; onde morendo con figli, per la consuetudine detta di Martino, sono i figli preferiti al padre. Or poichè D. Lorenzo volle apposto a' capitoli il patto riversivo nel solo caso, che dalle nozze di D. Teresa, e di D. Eleonora non nascessero figli, volle non altro, che quel, che la Legge voleva. E pure, in tal caso, a ciascuna delle figlie permise ne' capitoli di disporre di duc. 500, ch'erano la decima della dote, e nel testamento del doppio. Che se poi sottopose la dote ancora a fedecommesso, il 32 fece in grazia de' figli, che la consuetudine di Martino a lui preferiva: e se in tal caso non permise loro di disporne in alcun modo, ne diè loro nel testamento stesso il compenso. Ne' tempi dell' Imperadore Alessandro aveva un testatore scritti eredi il figlio in sei once, la figlia in quattro, e la moglie nelle rimanenti due ordinando, che la moglie, dopo la morte, restituisse la sua porzione a' figli: e che chi de' figli morisse nella minor' età, restituisse la porzion sua a' superstiti. Morto il testatore i curatori della figlia, vedendo sottoposto a fedecommesso l'intero triente alla figlia lasciato, ricorsero all' Imperadore dolendosi di quel gravame, che toglieva a colei la li-

M 2

(a) *L. dos a patre 4. C. solut. matrim.*

libertà di disporre: ma 'l savio Imperadore rispose (a): 33 *Calumniosam inofficiosi actionem adversus justum judicium testatoris instituere non debetis: quum ex hujusmodi fideicommissaria restitutione tam matris, quam fratris ejus portio ad eam poterat pervenire*. Per dichiarare ingiuste le doglianze de' curatori, e giusto il giudizio del testatore bastò la sola speranza, che per quella reciproca restituzion fedecommessaria acquistava la figlia di poter conseguire un giorno le porzioni della madre, e del fratello. 34 Nè cotesta Legge è corretta, come alcuni han creduto; e meglio che altri l' ha il Chiflezio dimostrato (b). A me per ora basta, che gli Scrittori più riputati nel foro alla disposizion di cotesta Legge si attengano, e nominatamente il Perezio (c), e 'l Card. de Luca (d), le cui parole piacemi di trascrivere: *Quum fideicommissum illud reciprocum esset aequale, atque incertum esset, quisnam filiorum prius, vel posterius defuncturus esset, ita acque ad onus, ac ad commodum omnium id referri poterat, & consequenter potius favorem, quam odium continet, ad text. in L. si pater puellae C. de inoff. test. cum concordantibus in proposito legitimae relatis per Capyc. Latr. Consult. 121. num. 43. cum seq.* Or nel nostro caso sebbene a fedecommesso si sottopongano le doti, che 'l luogo tengono della legittima, nondimeno reciproco è 'l fedecommesso, e dà pari speranza all' una, che all' altra figlia del testatore. Che se tutto ciò è vero, quando non si sia rinunziato nè a legittima, nè a Trebellianica, com' è da tollerarsi, che dopo una giurata rinunzia pretendesi Trebellianica, e legittima? Dovea D. Eleonora non adire l' ere-

---

(a) *L. si pater puellae 12. C. de inoff. test.*
(b) *De jure fideicom. cap. 15.*
(c) *Ad tit. C. de inoff. num. 42.*
(d) *De test. disc. 75. in fine.*

eredità paterna, ed impugnare, se la Legge gliel permettea, la rinunzia da lei fatta con giuramento in casa di suo marito. Nè le può giovare la protesta a di lei nome, come a nome ancora di D. Teresa, fatta nel tempo dell'adizione colle seguenti parole: *Quale adizione di eredità intendono farla coll' espressa protesta, che nè per questo, nè per qualunque altro atto, che, come eredi di detto suo padre, dovranno fare, si sentissero punto pregiudicate, nè confuse le ragioni, ed azioni, che quomodocumque, & qualitercumque proprio jure rappresentano, & omni futuro tempore può rappresentare ciascheduna di esse comparenti, ed i di loro figli nati e nascituri, senza che a quelle direttamente, nè indirettamente s' inducesse menomo pregiudizio.* Le proteste conservano i diritti, che nel tempo di esse si anno, o possono aversi nel tempo avvenire; ma rinascer non fanno i diritti già estinti. I diritti, che, come figlia, avea D. Eleonora alla legittima, e, com' erede gravata, aver poteva alla Trebellianica, erano estinti molti anni prima di quella protesta in virtù della spezial rinunzia, che se n' era promessa ne' capitoli matrimoniali, e ne fu poi fatta da lei con giuramento nella casa del marito. Nè altri diritti, che i diritti del tempo della protesta, e del tempo futuro vollero D. Teresa, e D. Eleonora, che restassero loro salvi dopo l'atto dell'adizione: e non ce ne fanno dubitare le parole: *Che quomodocumque, & qualitercumque proprio jure RAPPRESENTANO, & omni FUTURO tempore può rappresentare ciascheduna di esse.*

Di Casa nel dì 16 del mese di Marzo dell'anno 1773.

Giuq-

quanto era nella sua eredità tutto si annotasse in un solenne inventario. Nè vale quel, che dice D. Eleonora, che 'l detto inventario si ordinò per la fedele distribuzione, che da lui erasi nel testamento ordinata come degli stabili, così ancora de' mobili tra la moglie, le figlie, i nipoti, e i due generi; poichè ne' mobili, che tra costoro in virtù del testamento si doveano dividere, non vi era nè oro, nè danar contante, che nell' inventario si doveano annotare. Si aggiunge, che non si erano nel testamento mentovati alcuni pochi stabili di picciolissimo valore, nè gli olj, e gli altri generi: e pure tutto si doveva annotare in virtù delle parole *ed ogni altro* usate dal testatore.

III. A quel, che si è detto della causa finale espressa dal testatore per le parole *giacchè la mia volontà è, che li miei beni si godano da' miei nipoti*, non osta quel, che dice D. Eleonora, ch' essendo dipendenti dalle antecedenti ristrette a' soli stabili debbano anch' esse a' soli stabili esser ristrette; poichè ciò non è vero, quando le parole susseguenti contengono la causa finale delle antecedenti. Alle dottrine del Molina, e del Capone, recate nella prima *Scrittura*, si aggiunga quel, che scrive d'intorno a ciò Pietro Surdo esaminando la ragione, che 35 delle loro disposizioni soggiungono i testatori usando le parole, *quia vult* &, le quali vagliono quanto le nostre, *giacchè mia volontà è ec.* Scrive questo dottissimo Autore (a); *Illa ratio, Quia vult &c., solet semper extendere & ampliare dictum praecedens de tempore ad tempus, de persona ad personam, & de re ad rem.* Della estensione da tempo a tempo scrive: *Si alienatio sit prohibita AD VITAM filii, QUIA velit testator bona remanere in familia, non poterit filius propter illam generalem* [illegible] ra-

(a) *Consil. 96. a n. 41.*

rationem alienare etiam in morte . . . . & si testator prohibeat filium alienare intra TRICESIMUM ANNUM suae aetatis, QUIA velit bona remanere in familia, tali casu erit etiam ultra annum tricesimum probibita alienatio, quià illa ratiò ampliat dictum, & ita apparet quod ratio extendit dispositionem de tempore ad tempus, & tamen maxima est vis temporis limitati, quia probibitum ad tempus censetur permissum post tempus. Della estensione da persona a persona scrive: *Praeceptum de non alienando factum filio extenditur ad nepotes, quando apposita est ratio, QUIA vult bona &c.....& si testator alienationem prohibeat heredi expresso ejus nomine, licet talis probibitio sit personalis, tamen si adjecta sit clausula, QUIA vult &c., extenditur etiam ad heredem heredis.* Finalmente della estensione da cosa a cosa scrive: *Si testator probibet bona IMMOBILIA alienari, Quia velit omnia ejus bona permanere in agnatione, tali casu probibitio extenditur etiam ad MOBILIA, licet sit limitata ad immobilia:* e perchè per regola di Legge il parlare indefinito val quanto l' universale, il Surdo soggiunge: *Probibita alienatione domus, QUIA velit bona* (senza la giunta della voce *omnia*) *stare in familia, erit etiam probibita aliorum bonorum.*

IV. Dall'avere D. Lorenzo permesso a D. Eleonora di vendere quella parte della casa, che aveale assegnata, non so cosa possa trarsi contra la sustituzion fedecommessaria da D.Lorenzo ordinata a benefizio de' figli delle figlie, giacchè gliel permette, quando la vende alla sorella, od a' figli; e soggiunge, *Volendo solamente, che non passi ad estraneo in verun modo.*

V. Ma si faccia finita. D. Lorenzo, dopo di avere scritte eredi universali le figlie, sustituì loro, *in caso di premorienza*, i figli. Dunque, morendo le figlie, a tutta l' eredità venir doveano i figli; seguentemente da' que'

2000 ducati in fuori, de' quali aveano esse la facoltà di disporre, tutto volle il testatore, che a' suoi nipoti si appartenesse.

Di Casa nel dì 20 del mese di Marzo dell'anno 1773.

Per D. Francesco Nastro contr' a' Chiamati al fedecommesso istituito da D. Michelangelo Tramontano.

A R G O M E N T O.

I. Trattasi delle azioni *ad supplementum* spettanti a' tre fratelli D. Giuseppe, D. Agostino, e D. Antonio Tramontano: e che le azioni competenti a D. Antonio, e D. Agostino, per la morte de' medesimi, passarono a D. Giuseppe superstite.

II. Che possa D. Francesco Nastro usare, come creditore, delle azioni, che competevano a D. Giuseppe Tramontano suo debitore.

III. Dimostrasi, che le legittime spettanti a' suddetti tre fratelli di Tramontano montavano a somma molto maggiore di quella, che fu loro lasciata dal padre.

S O M M A R I O.

1 P*Rima dell' Imp. Giustiniano se a' figli lasciavasi meno della legittima, avea luogo la querela dell' inofficioso testamento, il che da Giustiniano fu abolito dando a' figli l' azione* ad supplementum.

2 *L' azione* ad supplementum *è azion perpetua, cioè durante* 30. *anni, quanto durano tutte le altre personali azioni.*

3 *Ogni peso di dilazione, di condizione, o di qualsivoglia gravame dal testatore ingionto alla legittima, si ha per non ingionto, e vale la legittima come pura, perchè devesi libera, come per una spezie di debito indotto dalla Legge.*

4 *Se 'l figlio, cui si è lasciato men della legittima, il riceva semplicemente, cioè senzachè nominatamente rinunzj all' azione per lo supplemento, non gli si reca pregiudizio alcuno.*

5 *Perchè si perda l' azione* ad supplementum, *è mestieri di spezial rinunzia. La semplice accettazione del testamento non basta, tuttochè nel testamento, che accettasi, espressamente si ordini, che 'l figlio rinunzj al supplemento della legittima.*

6 *Della cautela del Soccino sopra la proibizione della legittima, e della sua forma.*

7 *L' azione* ad supplementum *è un' azione personale pecuniaria, e come tale passa all' erede, tuttochè non istituita da colui, cui prima competea.* Ved. i num. seg.

8 *Le azioni personali, che da delitto procedono, sono molto più odiose delle azioni personali pecuniarie nascenti non da delitto: e perchè passino contra l' erede del reo, debbono essere in vita del reo contestate. Ma perchè passino all' erede dell' attore, non ci è uopo di contestazione.*

9 *Alcune azioni personali (di cui non siasi fatto uso dalla persona, cui competevano) si estinguono: altre non si estinguono.*

10 *L' azione delle ingiurie, e la querela dell' inofficioso testamento non si trasmettono agli eredi, se non sono preparate.*

11 *Differenza, che passa tra la querela dell' inofficioso testa-*

ftamento, e l'azione per lo supplemento della legittima.

12 *Quel che si dee per volontà del testatore non si trasmette agli eredi, se non si accetti, e si chiegga. Quello poi, che si dee per disposizion di Legge si trasmette, anche non chiesto.*

13 *Il supplemento della legittima si trasmette agli eredi, anche prima della petizione.*

14 *Il* jus adcrescendi *ha luogo* ipso jure; *e perciò anche prima della petizione si trasmette agli eredi.*

15 *L'azione di chieder la legittima, o 'l supplemento della medesima passa, anche prima della petizione, non solo a' discendenti, ma eziandio a qualunque estraneo erede.*

16 *La querela dell' inofficioso testamento, quandochè si sia preparata, passa a qualunque estraneo erede.*

17 *L'azione* ad supplementum *è più degna di favore di altra, come quella, che si è introdotta a sostenere il testamento.*

18 *L'azione non solamente si prepara quando s' istituisce, ma ben anche preparasi prima della* dazion del libello, *e prima ancora di quella denunzia, che appresso i Romani chiamavasi* condictio.

19 *La possessione de' beni, detta da' Romani Giurisconsulti* litis ordinandae gratia, *si dava anzichè l'azione s' istituisse, ad oggetto di potersi istituire, ed ordinare il giudizio* de hereditate.

20 *L' azione si ha per preparata, quando in qualunque modo appaja, che colui, cui competea, ebbe, anzichè si morisse, l' animo d' istituirla.* Ved. anche i num. antecéd. 18. e 19.

21 *Si esamina, e si spiega la* L. quum patronus 28. ff. de leg. 2.

22 Denegato subjecto, denegatur etiam qualificatum subjectum.

23 *Agli coeredi non può passare un jus personale di un al-*

altro defunto coerede. Ma ben passa, come tutte le azioni personali passano, agli eredi dello stesso defunto coerede.

24 *La parola* beni *comprende anche le azioni.*

25 *Non meno le azioni, che le altre cose corporali, si possono ipotecare.*

26 *Quando il debitore obbliga a beneficio del creditore le azioni, che ha, compete al creditore l'azione* utile *contr' al debitore del suo debitore.*

27 *Se, dove lo Statuto esclude dalla successione le donne, riserbando loro la sola dote, facciano esse nella liquidazion della legittima numero, e parte.*

28 *Se le femmine escluse dallo Statuto facciano numero, e parte in accrescimento della legittima de' maschi, od in accrescimento della eredità, e seguentemente di coloro a' quali lasciasi per fedecommesso.*

29 *Lo Statuto escludente le donne riguarda il solo favor de' maschi.*

ALLEGAZIONE IV.

AVendo D. Giuseppe Tramontano risoluto di dare in moglie a D. Francesco Nastro, per cui scrivo, D. Angelica sua figlia; ne' Capitoli Matrimoniali, che si stipularono il dì 26. del mese di Febbrajo dell'anno 1746., gli promise per le doti di colei la somma di ducati 2500., e fino a che cotesta somma non si fosse pagata, 100. duc. l'anno, obbligando tutti i suoi beni presenti, e futuri. Seguentemente si contrasse il matrimonio tra D. Francesco, e D. Angelica nel dì 4. del mese di Aprile.

In quell' istesso anno, nel quale i Capitoli matrimoniali, e le nozze si fecero, essendo stato ad istanza del Pr. di Avellino incarcerato D. Giuseppe Tramontano

per

per un debito di duc. 531.; questi furono da D. Francesco pagati di suo danaro, e D. Giuseppe se ne dichiarò debitore in un pubblico istrumento del dì 5. del mese di Settembre. Col correr del tempo il credito proprio di D. Francesco così per annualità non pagate, come per altre cagioni crebbe a duc. 1320., secondochè confessò lo stesso D. Giuseppe in un'istanza, cui di sua man sottoscrisse. Esigè dipoi D. Francesco le annualità de' duc. 2500. dotali per tutta la vita di D. Giuseppe, e 'l credito de' duc. 1320. si ridusse a duc. 700. in circa, de' quali 531. eran quelli, che si eran pagati al Pr. di Avellino, e i restanti altronde nascevano, come chiaramente costa dalla suddetta istanza, e dalla *relazione* dello Scrivano della causa. Morto D. Giuseppe nel mese di Novembre dell'anno 1752., ricorse D. Francesco alla G. Corte, facendo istanza, che gli si pagassero i suddetti duc. 2500. dotali, e gli altri duc. 700. in circa: e che intanto si sottoponessero a sequestro i beni ereditarj di D. Giuseppe. Fu'l sequestro ordinato dalla G. Corte, e confermato dal S. Consiglio. Ma niuna somma conseguì D. Francesco, nè fino al presente dì ne ha conseguita alcuna; poichè gli si opposero, come ancor gli si oppongono, i chiamati al fedecommesso istituito da D. Michelangiolo padre di D. Giuseppe, dicendo, che in virtù di cotesto fedecommesso era D. Giuseppe un mero usufruttuario de' beni, cui possedeva; ed a cui sono essi nominatamente invitati: onde dee D. Francesco per tutt' i suoi crediti cercar la roba libera di D. Giuseppe, la qual sola gli si poteva obbligare.

Io difendendo D. Francesco dinanzi al chiarissimo Sig. D. Giuseppe Aurelio di Gennaro Commessario di questa causa, dimostrai, che sebbene non fosse D. Angelica chiamata al fedecommesso ordinato da D. Michelangiolo suo avolo; nondimeno avea su que' beni diritto per le sue do-

doti: e che i beni liberi di D. Giuseppe si aveano a cercare solamente pe' crediti, che ha D. Francesco a suo proprio e principal nome: onde quel dottissimo Consigliere interpose il seguente decreto: *Moneantur partes ad audiendam provisionem faciendam per S. C. super decisione causae principalis* (è questa la lite, che si agita tra i chiamati al fedecommesso) *& interim exequantur Capitula matrimonialia: & dictus D. Franciscus Nastro manuteneatur in exactione annualitatum debitarum, & debendarum vigore instrumenti dictorum Capitulorum Matrimonialium, & in omnibus servata forma ipsius, donec aliter visso exitu fuerit provisum: pro quo effectu dictus D. Franciscus se obliget de stando juri, & solvendo quidquid fuerit judicatum in casu succumbentiae: quo vero ad alia credita ipsius D. Francisci in actis deducta, salva sint eidem jura super bonis liberis dict. qu. D. Josephi Tramontano.* Contra un Decreto sì giusto produsser gravami i chiamati al fedecommesso: ma la Maestà del Re nostro Signore, esaudendo benignamente una supplica di D. Francesco Nastro, si è ultimamente degnata di ordinare, che 'l degnissimo Sig. Marchese Presidente del S. Consiglio, e'l suddetto Sig. Consigliere D. Giuseppe Aurelio di Gennaro avessero deciso cotesta causa. In tale stato di cose ha D. Francesco Nastro, senza pregiudizio di quel, che avea dedotto dinanzi al Sign. Cons. Commessario, formata una nuova istanza, in cui dice, che non ostante il fedecommesso istituito da D. Michelangiolo, una gran parte della costui eredità si apparteneva libera a D. Giuseppe, e che sopra quella si debbono a lui pagare non meno le doti di sua moglie, che le altre somme.

Quanto sia giusta la nuova istanza di D. Francesco, è agevole a dimostrare, poichè si saranno esposti alcuni pochi fatti.

D. Michelangiolo Tramontano nel suo ultimo testamen-

mento *in iscriptis* del dì 7. del mese di Febbrajo dell' anno 1738., aperto nel dì 19. di Febbrajo dell' anno 1739., istituirì eredi D. Giuseppe, D. Antonio, e D. Agostino suoi figli: sottopose a perpetuo fedecommesso tutti i suoi beni, cui nel testamento descrisse. Per rispetto delle legittime, a' suddetti suoi figli dovute, scrisse così: *Lascio alli predetti Giuseppe, Antonio, ed Agostino miei figli, ed eredi per quanto potesse a loro spettare, o potessero pretendere per ragion di legittima, quanto per ogni altra causa duc.* 2000. *per ciascuno di essi liberi, ed espliciti, senza vincolo, nè condizione alcuna.* Ben conosceva D. Michelangiolo Tramontano, che a ciascun de' suoi figli spettava per legittima molto più di duc. 2000.: onde soggiunse: *Item voglio, ordino, & espressamente comando, che non se li possa spedire a beneficio di detti miei figli, ed eredi il Decreto di preambolo, se prima non avranno rinunciato a quanto li potesse spettare di legittima, e per ogni altra causa, la qual rinuncia si dovrà da' medesimi fare per pubblico atto da presentarsi penes acta di detto preambolo spediendo, e dopo si possono servire, ed avvalere di detti ducati due mila per ciascuno:* per le quali parole è manifesto, che volle il testator proibire il *supplemento* delle legittime. Lo stesso dì, che 'l testamento fu aperto, i tre figli di D. Michelangiolo accettarono per pubblico istrumento la paterna disposizione colla seguente riserva: *purchè non apporti veruno impedimento per la detrazione della giusta legittima, che de jure ad essi spetta, sopra della quale dal detto qu. Michelangiolo di loro padre non le si poteva; come non se li puol ponere gravezza alcuna, per doverli appartenere franca, e libera da qualsivoglia peso, e fedecommesso, e per importare la medesima assai più de' suddetti duc.* 2000. *lasciatili per ciascuno di essi costituti: che però accettano il suddetto testamento, ma con la detta riserba di potere detraere per causa*

causa di legittima porzione non solo li suddetti duc.2000. lasciatili per la suddetta causa, ma l' intiero supplimento di essa, e questo sopra tutti gli effetti ereditarj proibiti alienarsi. Seguentemente ricorsero nella G. Corte della V., e, mentovando non solo la paterna disposizione, ma ancora le riserve, con cui l' avevano essi accettata nel suddetto pubblico istrumento, che presentarono, fecero *istanza interporsi a loro beneficio il Decreto di preambolo in virtù di detto testamento cum beneficio legis & inventarii, & citra praejudicium di tutte le anzidette riserve e proteste, & prout de jure.*

Speditosi a cotesto modo il Decreto di preambolo, D.Agostino, e D.Giuseppe si preser ciascuno l'intera somma de' duc. 2000., ma non tutti i 2000. si prese D. Antonio, come leggesi nella sopraccitata *relazione* dello Scrivano della causa. Morì poi D. Agostino, e scrisse erede D. Antonio, a di cui benefizio interpose la G. Corte il Decreto del preambolo *ex testamento*: nè guari andò, che morì D. Antonio, di cui fu dalla G. Corte dichiarato erede *ab intestato* D. Giuseppe, ch'ebbe, com' erede, alquante centinaja in conto di quel, che mancava ai ducati 4000., ma non ebbe l'intera somma, come costa dalla suddetta *relazione*. Così D. Giuseppe, oltre l' azione *ad supplementum*, che poteva istituire per proprio diritto, acquistò ancor, com'erede, le azioni, che competevano a' suoi fratelli per lo supplemento delle legittime, e per quel, che ai ducati 4000. mancava. Finalmente D. Giuseppe ne' Capitoli matrimoniali, ed in altri pubblici strumenti si dichiarò debitore di D. Francesco Nastro, a benefizio di cui obbligò tutti i suoi beni. E poichè tutte coteste azioni erano ne' beni liberi di D. Giuseppe, e beni liberi erano ancora le somme a D. Giuseppe dovute; ne segue, che tutte quelle azioni furono ipotecate a benefizio di D. Francesco Nastro, e che

ben

ben può coſtui, come certamente poteva il ſuo debitore, iſtituirle, perchè delle quantità libere al ſuo debitore ſpettanti gli ſi ſoddisfaccia de' crediti ſuoi. Ma perchè l'acutiſſimo Difenſore de' chiamati al fedecommeſſo ſi ſtudia di moſtrar falſo quel, che D. Franceſco Naſtro nella nuova iſtanza ha dedotto, mi ſtudierò io di moſtrarlo vero in due Capi, a cui aggiungerò un terzo Capo riguardante la liquidazione delle legittime, che ai tre figli di D. Michelangiolo erano veramente dovute.

C A P O I.

Competevano a D. Giuſeppe, a D. Antonio, ed a D. Agoſtino Tramontano le azioni ad ſupplementum: *e morto D. Antonio, le azioni competenti ai due fratelli di Tramontano paſſarono a D. Giuſeppe.*

PRima dell'Imp. Giuſtiniano ſe ſi laſciava a' figli meno della legittima, avea luogo la querela del teſtamento inofficioſo (*a*). Ma non volle l'Imperadore, che ſi permetteſſe a' figli, cui ſi era laſciata qualche coſa, di eſpugnare, per la querela, il teſtamento paterno: e per quel, che mancava, diè loro l'azione comunemente detta *ad ſupplementum* (*b*): la quale, ſecondochè, ſeguendo la comuniſſima opinion de' Dottori, Arnoldo Vinnio av- 1 2

(a) *L. filius* 22., *L. pen.* §. 3. & 4. *L. ult. ff. de inoff.*
(b) *L. omnimodo* 30. *C. de inoff.*

visò (*a*), è azion perpetua, cioè, durante 30. anni, quanto durano tutte le altre azioni personali (*b*): onde poichè tra la morte di D. Michelangiolo, e la morte di D. Giuseppe, che de' tre fratelli di Tramontano fu l'ultimo a morire, si frapposero non più che 13. anni, non si estinsero le azioni, che lor competevano.

Ma non l'ebbero mai, dice il dottissimo Contraddittore, perchè 'l testatore espressamente ordinò, *che non si potesse spedire a benefizio de' suoi figli il Decreto di preambolo, se prima non avessero rinunciato a quanto li potesse spettare di legittima, e per ogni altra causa.* Così l'Avversario dicea quel dì, che dinanzi all'amplissimo

3 Sign. Marchese Presidente di questa causa si ragionò. Ma sa ben egli, ch'è valente giurisconsulto, che per un'altra Costituzione di Giustiniano (*c*) sì fatti divieti, come contrarj alla Legge, si anno per non fatti: *Quoniam... illud statuimus, ut, si quid minus legitima portione derelictum sit . . . hoc repleatur . . . addendum esse censemus, ut si conditionibus quibusdam, vel dilationibus, aut aliqua dispositione moram, vel modum, vel aliud gravamen introducente, eorum jura, qui ad memoratam actionem* (per lo supplemento della legittima) *vocabantur, imminuta esse videantur: ipsa conditio, vel dilatio, vel alia dispositio moram, vel quodcumque onus introducens, TOLLATUR, & ita res procedat, QUASI NIHIL EORUM TESTA-*

4 *MENTO ADDITUM ESSET*. Ciò tanto è vero, che se 'l figlio, cui si è lasciato men della legittima, il riceva *semplicemente*, cioè senzachè nominatamente rinunzj all'azione per lo supplemento, non gli si reca pregiudizio alcuno. Così lo stesso Giustiniano in altra sua Co- sti-

(a) *In* §. 3. *Inst. de inoff. num.* 4.
(b) *L.* 3. *C. de praescr.* 30. *ann.*
(c) *In L. quoniam* 32. *C. de inoff.*

ſtituzione (a): *Definimus: quando pater minus legitima filio reliquerit . . . ſi filius poſt obitum patris hoc, quod relictum eſt, ſimpliciter agnoverit, forte & ſecuritatem heredibus fecerit, quod ei relictum eſt, accepiſſe, non adjiciens, nullam ſibi ſupereſſe de repletione quaeſtionem; nullum ſibi filium facere praejudicium, ſed legitimam partem repleri: niſi hoc ſpecialiter ſcripſerit, vel pactus fuerit, quod contentus relicta parte, de eo, quod deeſt, nullam habeat quaeſtionem.* Di ſpezial rinunzia è meſtieri, perchè ſi perda l'azione *ad ſupplementum.* La ſemplice accettazione del teſtamento non baſta, tuttochè nel teſtamento, che accettaſi, eſpreſſamente ſi ordini, che'l figlio rinunzj al ſupplemento della legittima; poichè avendoſi coteſt' ordine come non iſcritto, non è parte del teſtamento, e per conſeguenza non ſi ha per accettato. Or ſe ſarebbe reſtata ſalva a' figli di D. Michelangiolo l'azione *ad ſupplementum*, quando aveſſero *ſemplicemente* accettata la paterna diſpoſizione; molto più reſtò loro ſalva, avendoſela eſpreſſamente riſervata nell' accettar che fecero il teſtamento.

Ma le riſerve, e le proteſte contrarie al fatto non giovan per nulla. Così dicea l'Avverſario in quel medeſimo giorno. Non giovino, riſpondo io, e ſi abbiano come non fatte mai. Si potrà mai dire, che i figli di D. Michelangiolo rinunziarono nominatamente all'azione *ad ſupplementum?* No di certo. Si potrà ſolamente dire, che *ſemplicemente* accettarono il teſtamento. E ſe così è, per le chiare ed eſpreſſe Coſtituzioni di Giuſtiniano reſtò loro ſalva quell' azione. Dica che vuole il dotto Contraddittore. Quando non moſtri eſſerſi nel teſtamento di D. Michelangiolo adoperata quella notiſſima cautela, che ſebben penſata primamente da Angelo, non-

(a) *In L. ſi quando* 35. §. 2. *C. cod.*

dimeno, perchè fu da Soccino meglio, che da altrui spiegata, volgarmente dicesi *cautela di Soccino;* non ha D. Francesco Nastro di che temere. Ma *cautela di Soccino* non si adoperò di certo nel testamento di D. Michelangiolo. La forza di cotesta *cautela* è posta in ciò, che si lasci libero al figlio il diritto di scegliere o l'intera legittima senza la rimanente eredità, o questa, senzachè possa quella detrarre (*a*). Or dov'è il diritto di sceglie-re nel testamento di D. Michelangiolo? Quivi si legge anzi un divieto, che toglie la libertà della scelta: divieto, che per Legge si ha come non fatto.

Essendosi convenevolmente risposto a quel, che l'Avversario oppose a voce dinanzi al degnissimo Sig. March. Presidente, rispondasi ora a quel, che oppone in iscritto. Dice, che non avendo D. Agostino, e D. Antonio chiesto in vita il supplemento della loro legittima, non trasmisero l'azione a D. Giuseppe: e che non avendo costui, sino a che visse, istituita l'azione per quel, che alla sua legittima mancava, non potè parimenti trasmetterla; conciosiachè sia quel jus così personale, che non può d'una in altra persona trasferirsi: e cita a confermazione di quel, che dice, un luogo del giurisconsulto Marcello (*b*), dove, propostosi un caso, a suo giudizio, simigliantissimo al nostro, si soggiunge: *Quoniam quod illius personae praestaretur, hoc nequaquam ad alium pertinere deberet.*

7 Rispondo, che l'azione *ad supplementum* è un'azion personale pecuniaria, e come tale passa all'erede, tuttochè non istituita da colui, al quale primamente competea. 8 Molto più odiose delle azioni personali pecuniarie, nascenti non da delitto, sono le azioni penali, che da de-

---

(a) *Card. de Luca de legit. disc.* 17. & 18.
(b) *In L. quum patronus* 28. *ff. de leg.* 2.

delitto procedono: e pur queste, sebbene (perchè passino contra l' erede del reo) debbano essere in vita del reo contestate; nondimeno, perchè passino all' erede dell' attore, non ci è uopo di contestazione (*a*): e sarà poi necessario, che l' azion personale *ad supplementum*, non nascente da delitto, si sia istituita prima della morte, perchè passi all' erede dell' attore? Nè perchè l' azione dicesi personale, ne segue, che sia un jus così proprio della persona, che, non avendone la persona usato, si estingua. Ciò solamente è vero di quelle azioni personali, che *magis vindictae, quam pecuniae, persequutionem habent*, come Paolo scrive (*b*). Tal sarebbe l' azion delle ingiurie (*c*): tale la querela del testamento inofficioso. Vendicando questa *l' ingiuria della preterizione, e della esheredazione*, come dice l' Imp. Giustiniano (*d*), non si trasmette all' erede, se non è *preparata* (*e*). E mi giova quì di recare in mezzo un bel luogo del Vinnio (*f*), ove si propone la differenza, che passa tra la suddetta querela, e l' azione per lo supplemento della legittima. *Querela, quippe quae est instar actionis injuriarum ..... in heredem non transmittitur, nisi praeparata: actio haec (ad supplementum) etiam non praeparata transit*. Ma di quanti han trattato cotesto punto niuno l' ha trattato meglio del sottilissimo Ruino (*g*). Costui distingue quel, che si dee per volontà del testatore, da quel, che si dee per di-

9

10

11

12

(a) §. *non autem* 1. *Inst. de perpet. & temp. act. in quem loc. v. Vinn.*

(b) *In L. quum emancipati* 2. §. 4. *de collat. bonor.*

(c) *d.* §. 1. *Inst.*

(d) *Nov.* 115. *cap.* 5.

(e) *L. postumus* 6. §. *ult.*, & *L.* 7. *ff. de inoff.*

(f) *In* §. 3. *Inst. de inoff. num.* 4.

(g) *Consil.* 26. *num.* 13. *vol.* 3.

disposizione di Legge. Il primo credito non si trasmette, se non si accetti e si chiegga: il secondo trasmettesi anche non chiesto. *Quotiescumque ex Legis dispositione aliquid est debitum, ita quod auferri non potest, quamvis illud non sit delatum* (cioè *petitum*) *transmittitur: secus ubi debitum pendet a testatoris voluntate per text. junct.*
13 *glos. in L. 1. §. si impuberi, ff. de coll. bon.* Quinci ricava, che 'l supplemento della legittima trasmettasi anche prima della petizione. *Ex quo dictum supplementum ex legis dispositione debetur, nec potest auferri per fratres, mortuo patre, habet locum transmissio, quamvis cesset delatio.* Per maggior chiarezza della cosa soggiunge, che quando si voglia in cotesto caso ammettere la tacita condizione, *se 'l supplemento si chiegga*, cotesta condizione dee riguardare l'esecuzione, cioè il reale ed effettivo riempimento della legittima, non la facoltà di chiedere. *Exequutioni repletionis inest tacita conditio, si petatur, quae ipsam exequutionem tantum suspendit, & non ipsam facultatem petendi: & propterea ante petitionem transmissio non impeditur.* Conferma le cose dette per l'esempio
14 del jus *adcrescendi*, qual'è in sustanza il jus del supplemento della legittima. *Confirmantur etiam praemissa, nam jus adcrescendi habet locum ipso jure.... & ideo etiam ante petitionem transmittitur, L. si pluribus ff. de suis & legit., L. qui patri de adq. her. Ita ergo dicendum de hoc supplemento, quod jure adcrescendi debetur.*
15 E' quì ancora da osservare, che l'azione *ad supplementum* passa, anche prima della petizione, non solo a' discendenti, ma eziandio a qualunque estraneo erede. Così comunemente s'insegna. In una cosa tanto chiara mi dovrei rimanere di produrre autorità di Dottori, ma mi farò trarre dall'uso del foro, e ne produrrò alcune poche. Il Decio, dopo Saliceto, ed Alessandro, scrive (a): *Jus*

(a) *Consil. 218. num. 4.*

Jus petendi legitimam, vel ejus supplementum porrigitur ad heredes etiam extraneos. Più chiaramente dimostra il Mantica (a), esser *comune opinione*, che l'azione per lo supplemento *transmittitur, quamvis filius non petierit, ad quoscumque heredes*. Quanto comune sia cotesta sentenza, si mostra ancor dal Merlino (b).

Ma perchè non dico io quel, che solo bastáva a tor via qualunque dubbio? L'azione *ad supplementum* competente a D. Agostino, ed a D. Antonio era già *preparata* anziche morissero. Dunque, anche a giudizio del dotto Avversario, dee dirsi, che passò a D. Giuseppe. La querela del testamento inofficioso, quantunque sia simigliantissima all'azion delle ingiurie, e come tale all' erede si neghi (c), pur nondimeno passa, quandochè si sia *preparata*, a qualunque estraneo erede per due testi espressi di Ulpiano, e di Paolo (d). Dunque molto più deve a qualsivoglia erede trasmettersi l'azione *ad supplementum*, la quale è più degna di favore, come quella, che si è introdotta a sostenere il testamento. *Tale jus agendi ad supplementum*, dice Benedetto Capra (e), *est favorabile, quum emanaverit in favorem testamenti, & ad testamentum conservandum, L. omnimodo C. de inoff.* Ma non si prepara l'azione solamente quando s'istituisce, come il venerato Avversario pretende. Anche prima della *dazion del libello*, e prima ancora di quella denunzia, che appresso gli antichi Romani precedea l'azione, *& vetere lingua CONDICTIO dicebatur*, come nota

16

17

18

(a) *De conject. ult. vol. lib.* 1. *tit.* 8. *num.* 10.
(b) *De legitim. lib.* 3. *tit.* 3. *q.* 7. *n.* 3.
(c) *d.* §. 1. *Inst. de perpet. & temp. act.*
(d) *In d. L.* 6. §. *ult. & d. L.* 7.
(e) *Consil.* 6. *num.* 16.

nota il Fabro (*a*), poteasi l'azion preparare. Scrive Ulpiano (*b*): *Si quis instituta accusatione inofficiosi decesserit: an ad heredem suum querelam transferat? Papinianus respondit, si post adgnitam bonorum possessionem decesserit* (questa era la possession de' beni detta da' Romani giurisconsulti *litis ordinandae gratia* (*c*), la qual si dava, primachè l'azione s'istituisse) *esse successionem accusationis. Et si non sit petita bonorum possessio, jam tamen coepta controversia, vel praeparata: vel si, quum venit ad movendam inofficiosi querelam, decessit, puto ad heredem transire.* Soggiunge Paolo (*d*): *Quemadmodum praeparasse litem quis videatur, ut possit transmittere actionem, videamus. Et ponamus in potestate fuisse eum, ut neque bonorum possessio ei necessaria, & aditio hereditatis supervacua sit. Is si COMMINATUS tantum accusationem fuerit, vel usque ad denunciationem, vel libelli dationem praecesserit, ad heredem suum accusationem transmittet: idque Divus Pius de libelli datione, & denunciatione rescripsit.* Le parole di Ulpiano, *quum venit ad movendam inofficiosi querelam, decessit:* e le parole di Paolo, *comminatus tantum accusationem fuerit*, mostran chiaro, che assi per preparata l'azione, quando in qualunque modo appaja, che colui, al qual competeva, ebbe, primachè si morisse, l'animo d'istituirla: e così Paolo di Castro insegnò comentando il luogo di Paolo (*e*): *Nota, quod praeparatio dicitur, qualitercumque de intentione habentis actionem possit apparere, quod velit eam intentare.* Molto più di quel, che la Legge richiede, fecero D. Agostino, e D.

(a) *In d. L. 7.*
(b) *In d. L. 6. §. ult.*
(c) *In L. 8. pr. ff. de inoff. test.*
(d) *In d. L. 7.*
(e) *Num. 4.*

e D. Antonio Tramontano. Baſtava per Legge qualunque dichiarazion d'animo, anche fatta *eſtragiudizialmente*, come tra gli antichi Bartolo, e Paolo di Caſtro inſegnarono, e tra' moderni Antonio Fabro, ſpiegando il teſto di Paolo. Ma i fratelli di Tramontano per atti pubblici, e giudiziali, dichiararono di volere iſtituir l'azione *ad ſupplementum*. Ciò ſia detto, caſo che ſi ponga, dover l'azione *ad ſupplementum* prepararſi, perchè ſi trasmetta. Ma ſi è già dimoſtrato, che ben ſi traſmette, tuttochè preparata non ſia.

21 Tempo è ora di riſpondere al teſto, che mi ſi oppone del giuriſconſulto Marcello (a). Il caſo quivi propoſto o quanto è diverſo da quel, che finge il venerato Contraddittore. E' finge il caſo così. Un liberto ſcriſſe erede il patrono in quella parte, che libera di qualunque peſo al patrono ſi dee per Legge, e la gravò di fedecommeſſo. Il patrono, che non era al fedecommeſſo tenuto, non *detraſſe in vita* quel peſo. Volendolo detrarre altri, a cui quella porzione ſpettava; riſpoſe Marcello, che nol potea, perchè il jus di detrarlo era un jus così proprio della perſona del patrono, che non poteva appartenerſi ad altrui. Ma tal non è di certo il caſo di quel teſto. Dice Marcello: *Si* (*patronus*) *omiſerit inſtitutionem, qui eam partem vindicant, utrum eodem modo retinere* (cioè ſenza peſo) *an vero praeſtare debeant fideicommiſſum? Et magis eſt, deberi fideicommiſſum: quoniam quod illius* (*patroni*) *perſonae praeſtaretur, hoc nequaquam ad alium pertinere deberet*. Per le parole *ſi* (*patronus*) *omiſerit inſtitutionem*, e per le parole, *qui eam partem vindicant*, chiaramente conoſceſi, che 'l caſo è queſto. Un liberto ſcriſſe erede il patrono nella legittima, che ne' tempi di Marcello era la metà de' beni, e la gra-

(a) *In d. L.* 28. *de leg.* 2.

gravò del peso del fedecommesso: ed in quel, che restava, scrisse altri eredi. Il patrono, che non era tenuto al fedecommesso, *omisit institutionem*, cioè, ripudiò la porzione, cui *vindicabant* i coeredi *jure adcrescendi*. In cotesto caso il giureconsulto rispose, che sebbene il patrono non fosse tenuto al peso del fedecommesso, nondimeno erano a quello tenuti i coeredi, perchè nella persona del patrono quella parte si avea come legittima, che non soffre alcun peso: ma nella persona de' coeredi aver si dovea come porzione ereditaria, che *accresce* col peso. Così 'l Viviano su quel testo: *Quid si patronus repudiet dictam partem, in qua eum instituit libertus, & sic adcrescat coheredi suo? Nunquid coheres tenebitur praestare fideicommissum praedictum? Et dicitur, quod sic*. Nel caso di Marcello concorrono due circostanze, l'una, che'l patrono ripudiò la porzion legittima: l'altra, che coloro, a' quali quella porzione passò, non erano eredi del patrono, ma coeredi. Posto ciò l'argomento, che di quel testo si trae contra D. Francesco Nastro, non val per nulla. Altro è accettar la porzione, e non detrarne il peso: altro è ripudiarla del tutto. Ben può per Legge, secondochè si è detto, accettarsi il testamento, senzachè si accetti il peso alla legittima imposto: ma quando si sia la legittima repudiata del tutto, è stoltezza il pretendere, che si riempia, se non è intera, o che se ne detragga il peso, se è gravata. Coteste cose, quando la legittima si sia repudiata, non si posson pretendere nemmen da colui, al qual si dee la legittima, perchè la legittima è 'l *suggetto*, e 'l supplemento, e 'l
22 peso sono *qualità del suggetto*: e si sa, che *denegato subjecto, denegatur etiam qualificatum subjectum* (a): tanto è lontano, che si possan pretendere dall' erede. Oltre a ciò,

(a) *Gratian. discept. forens. c. 219. n. 4.*

ciò, quando nel caso di Marcello non si fosse la legittima ripudiata dal patrono, dovea l'acutissimo Contraddittore osservare, che coloro, i quali *partem vindicabant*, erano coeredi, non eredi del patrono. A' coeredi non poteva passare un jus personale del patrono: ma ben sarebbe agli eredi passato, come tutte le azioni personali passano agli eredi, perchè rappresentano la persona del defunto.

23

Per le cose dette chiaramente conoscesi, che competeva a D. Giuseppe l'azione *ad supplementum*, e che a lui, come ad erede de' due suoi fratelli, si trasferirono anche le azioni spettanti a coloro.

CAPO II.

Può D. Francesco Nastro usar, come creditore, delle azioni, che competevano a D. Giuseppe Tramontano.

Si mostri ora, che D. Francesco Nastro, tuttochè non sia erede di D. Giuseppe, può, come creditore, usar delle azioni, che avea colui acquistate.

Si è già detto di sopra, che D. Giuseppe Tramontano ne' Capitoli matrimoniali, ed in altri pubblici strumenti obbligò a benefizio di D. Francesco Nastro tutti i suoi beni. Or essendo cosa certissima in Legge, che sotto la parola *beni* si comprendono anche le *azioni* (a), e che non men le azioni, che le altre cose corporali, si possono ipotecare (b); necessariamente ne segue, che può D.

24

25

(a) *L. bonorum* 49. *in fin. ff. de verb. oblig.*

(b) *L. nomen* 4. *C. quae res pign. Barbos. de pign. lib.* 2. *c.* 8. *per tot. Barbat. de assist. glos.* 5. *n.* 10. *& seqq.*

Francesco, usando della ragione del suo debitore, dirittamente pretendere, che, supplendosi tutt' e tre le legittime de' tre figli di D. Michelangiolo, gli si paghino le
26 somme, che gli si debbono. E' massima nel foro ricevutissima, che quando il debitore obbliga a benefizio del creditore le azioni, che ha, compete al creditore l'azione utile contr'al debitore del suo debitore. Così senza contraddetto di alcuno scrisse il Gaito (a): *Competere creditori adversus debitorem sui debitoris pro nomine obligato actionem personalem utilem, & utilem hypothecariam.* Molto meglio del Gaito avea cotesto punto trattato il Negusanzio. Costui, seguendo il Bartolo, il Saliceto, ed altri, scrisse (b): *Habito respectu ad ipsum nomen obligatum, & pecuniam ex illo nomine debitam, competit utilis personalis, quae directe competebat debitori, qui illud obligavit: & est perinde ac si secundus debitor illud nomen a primo emisset juxta L. postquam C. de hered. vel act. vend.; sed habito respectu ad alias accessiones, quae primo creditori cum eo nomine erant obligatae, valet ad bona hypothecata, & competit secundo creditori utilis hypothecaria; quae directe competebat primo creditori contra bona ei obligata a suo debitore.*

CA-

(a) *De credit. cap. 4. quaest. 7. num. 333. & 334.*
(b) *De pignor. part. 2. membr. 2. n. 8.*

CAPO III.

Le legittime spettanti ai tre figli di D. Michelangiolo Tramontano montavano a somma molto maggiore di quella, che fu loro lasciata dal padre.

E' stata controversia ne' tempi antichi, se, dove lo Statuto esclude dalla successione le donne, riserbando loro la sola dote, *facciano* esse nella liquidazione della legittima *numero, e parte*. Oggi ne' Tribunali di Europa prevale l'opinione, ch'e' *faccian numero, e parte*. Appresso noi *de hoc non est dubium*, come scrive, cotesto punto trattando, il de Franchis (*a*). La gran contesa, anche ne' nostri tempi, è questa, se le femmine escluse dallo Statuto *faccian numero, e parte* in accrescimento della legittima de' maschi, od in accrescimento della eredità. Le varie opinioni sono state diligentemente raccolte dal nostro Anton Capece (*b*), e dal Merlino (*c*). Il dottissimo Paolo de Castro insegnò (*d*), che le donne fan parte in grazia de' maschi: la qual sentenza fu da parecchi degli antichi abbracciata, e tra' moderni dal sottilissimo Antonio Fabro (*e*). Ma non mancarono alcuni, che opinarono dover le don-

27

28

(a) *Decis.* 549. *num.* 1.
(b) *Decis.* 158.
(c) *De legit. lib.* 1. *tit.* 4. *quaest.* 3.
(d) *Cons.* 52. *lib.* 1.
(e) *De err. dec.* 12. *err.* 8.

donne far numero, e parte a comodo della eredità, e seguentemente di coloro, a' quali lasciavasi per fedecommesso. Secondo or l' una, or l' altra opinione si è più volte giudicato ne' nostri Tribunali. Ma ne' tempi a noi più vicini è stata dal più de' Dottori seguita la sentenza di Paolo de Castro. Ce ne rende bellissima testimonianza una *Decisione* della Ruota Romana, che 'l giudiziosissimo Cardinal de Luca (per farci sapere qual sentenza oggi tener si debba) inserì nelle Opere sue (a): *Quamvis antiquitus celeberrima non minus ac subtilis, involutaque fuerit juris quaestio, an feminae, vigore Statuti exclusae, numerum, & partem facerent ad augendam legitimam favore masculorum; nihilominus deinde CERTA, & INVARIABILIS OPINIO INVALUIT, ut, quoties dos succedit loco legitimae* (il qual luogo tien certamente nel nostro Regno (b), *tunc feminae exclusae faciant numerum favore ipsorum masculorum*. La ragione, in cui cotesta ricevutissima opinione si appoggia, fu dal Fabro brevemente espressa così: *Ne alioqui inducta ad unum effectum, diversum operarentur contra L. legata inutiliter 19. de leg. 1.*, le quali parole contengono un argomento, cui dall' acutissimo Avversario non si potrà mai rendere risposta, che vaglia: ed è 'l seguente. Lo Statuto escludente le donne riguarda, per comun sentimento de' Dottori, il solo favor de' maschi: dunque quel, che per lo Statuto alle donne si toglie di quella somma, che spetterebbe loro in virtù del jus comune, deve aggiungersi alle porzioni de' maschi, altrimenti non si conseguirebbe il fine dello Statuto. Così l' espresse chiaramente il Merlino (c):

29

En

(a) *Post disc. 1. de legit.*

(b) *Galeot. lib. 2. controv. 15. n. 60. De Luca de legit. disc. 1. num. 7.*

(c) *De legit. lib. 1. tit. 4. quaest. 3. num. 11.*

Exclusio est facta masculorum favore . . . . ideo hic favor non debet retorqueri in praejudicium masculorum . . . unde si debet haec exclusio masculos juvare, ideo opus erit affirmare, ut pater semissem, quem de jure communi masculis & feminis relinquere teneretur, illis masculis tantum relinquere compellatur. Molto più chiaramente l' espresse il Cardinal de Luca (*a*), la cui autorità è gravissima nel foro, come di colui, che alle più ricevute opinioni mai sempre si attenne: *Quum Statutum feminas excludat favore agnationis, & propter masculos, intelligendum est cum effectu, quatenus scilicet ipse masculus succedat in eo, quod feminae aufertur, ut ita adimpleatur Statuti finis, & ne portio feminae impinguet hereditatem morientis.* Posto ciò avendo D. Michelangiolo lasciati sette figli, cioè tre maschi, e quattro femmine da lui dotate, ne segue, che la legittima esser doveva il semisse. Quanta poi sia l'eredità di D. Michelangiolo, non è difficile a dimostrare. Descrisse colui nel testamento tutti i suoi beni: e quanti e' ne descrisse, tanti son oggi d'ordine del S. C. notati, e sequestrati. L'annua rendita, che, dedotti i pesi, di cotesti beni si trae, secondo la relazione dello Scrivano della causa, ascende a duc. 900. in circa. E che cotesta fosse la rendita del tempo della morte del testatore, conoscesi dalla data delle polize, che si sono esibite. Il capitale di essa sarebbono almeno duc. 22500. Dico *almeno*, perchè la più gran parte di essa si trae da *territorj*, i quali danno meno del 4. per 100. Si aggiungano ora a' suddetti 22500. i duc. 6000., che lasciò D. Michelangiolo a' tre suoi figli: ed ecco, che 'l semisse libero lor dovuto per legittima erano 14250. ducati: e 'l supplemento delle tre legittime altri 8250., somma molto maggiore di quel, che deesi a D. Francesco, credi-

(a) *De legit. disc.* 4. *num.* 7.

ditore di duc. 2500. per le doti di D. Angelica sua moglie: di duc. 400. d' interesse decorso dal dì della morte di D. Giuseppe: di altri duc. 700. credito proprio di esso D. Francesco, e dell' interesse di quest' ultima somma. Ha ben dunque donde sperare il mio cliente, che si abbia a giudicare secondo l' istanza da lui nuovamente prodotta.

Di Casa il dì 9. del mese di Febbrajo dell' anno 1756.

Per lo Duca del Gesso D. Francesco Caracciolo.

A R G O M E N T O.

Trattasi la controversia, se al Duca del Gesso si debban pagare le migliorie del feudo di Campasano giusta lo *speso*, o 'l *migliorato*; ed a quest' uopo si esaminano due Leggi, una di Celso *L. in fundo* 38. *de rei vind.* l' altra di Papiniano *L. domos* 58. *de leg.* 1., e si mostra il divario, che passa tra l' una, e l' altra Legge: e che non siano tra loro contrarie, come taluni han creduto.

S O M M A R I O.

1 S*I spone la suddetta* L. in fundo 38. de rei vind. Nel num. 3. *si mostra, che 'l caso di questa L. sia diverso dal caso della sopraccitata L. di Papiniano.*

2 *Si spone l' accennata L.* domos 58. de leg. 1. *Nel num.* 4. *si mostra, che 'l caso di questa L. sia diverso dal caso della L. di Celso.*

5 *Al semplice possessore, che non ha dominio nel fondo, gli si dee pagare lo* speso *; non già il* migliorato, *che val più dello* speso. *Per l'opposto al possessore, che ha dominio nel fondo, gli si dee il* migliorato *non lo* speso *; se col proceder del tempo, e nel punto, che abbiasi a restituire il fondo, il* migliorato *sia più dello* speso. Ved. il num. seg. e 'l num. 11.

6 *Il possessore, che ha dominio nel fondo non può pretendere lo* speso, *caso che questo sia maggiore del* migliorato. Ved. il num. 8.

7 *Agli eredi del defunto feudatario deesi pagare il* migliorato, *non lo* speso *: e l' estimazion del* migliorato *assi a fare attendendosi il tempo della morte del feudatario. Di ciò se ne recano le decisioni*. Ved. il num. 8. e 'l num. 12.

9 *Per le migliorazioni, che consistono in albori fruttiferi o nulla si dee, o 'l men che si può: il che ha luogo ne' possessori, che han dritto su i soli frutti, non già sul fondo, quali sono gli usufruttuarj*. Ved. il num. seg.

10 *Gli usufruttuarj se hanno l' usufrutto di una greggia, quando in luogo degli animali morti debbano sustituire gli altri. E se hanno l' usufrutto di un fondo, quando in luogo delle viti, e degli albori secchi sieno tenuti surrogare i nuovi*.

11 *All' enfiteuta, casochè non per sua colpa devolvesi il fondo, il prezzo delle migliorazioni assi a pagare a rispetto del tempo della devoluzione, tuttochè sia maggiore, o minore dello* speso.

ALLEGAZIONE V.

TRa le cose comprese nel legato dal defunto Duca di Costanzo lasciato al Duca del Gesso D. Francesco Caracciolo, per cui scrivo, furono *le migliorie del*

fondo di Campasano. Queste consistenti in più e più alberi fruttiferi sono state già estimate dal R. Ingegnere Cannitella, secondo cui lo *speso* riducesi a soli ducati 54, e giunge il *migliorato* a 700. Or la controversia, cui dee por fine la R. Camera degli Allodiali, è questa, se si debba al Duca del Gesso lo *speso*, o'l *migliorato*.

Pretende il Fisco, che gli si debba lo *speso*, nol *migliorato*: vale a dire quel solo, che dal Duca di Costanzo si spese nel tempo della piantagione, nol prezzo del tempo presente, appunto perchè lo *speso* è minore del *migliorato*; e che non in altro caso il *migliorato* gli si dovrebbe, che se valesse men dello *speso*. E per qual principio di dritto ha da esser sempre deteriore la condizione del Duca del Gesso, e sempre migliore la causa del Fisco? Per un luogo del giurisconsulto Celso, che scrive (a): *In fundo alieno, quem imprudens emeras, si aedificasti, aut conseviſti, deinde evincitur, bonus Judex varie ex personis, caussisque constituet. Finge & dominum eadem facturum fuisse, reddat impensam, ut fundum recipiat, eo usque dumtaxat, quo pretiosior factus est, & si plus pretii fundo accessit, solum, quod impensum est*. Ecco, dice il Fisco, deve il padron del fondo pagare al possessor di buona fede, che *imprudens emerat*, il prezzo dello speso, *Reddat impensam, ut fundum recipiat eo usque dumtaxat, quo pretiosior factus est*. Se altro non dicesse Celso, ben potrebbe il Duca del Gesso pretendere il *migliorato* nella somma di duc. 700, perchè sebbene soli 54 si fossero spesi sul fondo feudale, nondimeno col proceder del tempo *pretiosior factus est* nella somma di 700; ma Celso soggiunge, *Et si plus pretii fundo accessit* (ecco il caso, che col proceder del tempo sia cre-
sciu-

(a) *L. in fundo* 38 *de rei vind.*

sciuto lo *speso* a somma maggiore) *solum quod impensum est*. Dunque il Fisco, a cui, come a padron diretto, si è devoluto il feudo, dee dare al Duca lo *speso*, perchè val meno del *migliorato*, e darebbegli il *migliorato*, se men, che lo *speso*, valesse.

Al contrario pretende il Duca, che gli si debba il *migliorato* nella somma di duc. 700, non lo *speso* nella somma di 54, ed al Fisco oppone un luogo di Papiniano, che scrive (a): *Domos hereditarias exustas, & heredis numis extructas ex caussa fideicommissi post mortem heredis restituendas boni viri arbitratu, sumtuum rationibus deductis, & aedificiorum quantitatibus aestimatis, respondi*. Così ne' libri Accursiani. Nelle Pandette Fiorentine in vece delle parole *Et aedificiorum quantitatibus aestimatis* si legge, *Et aedificiorum aetatibus examinatis*. Questa seconda lezione preferiscono i più culti Interpetri, tra' quali è Giacomo Cujacio, se non che lo stesso Cujacio dottamente dimostra (b), che dell' una, e dell' altra lezione il senso è lo stesso, non essendo da dubitare, che più o men vale l' edificio secondo la sua diversa età. Ci è ancora qualche antico Codice, nel quale in vece di *quantitatibus*, od *aetatibus* leggesi *qualitatibus*, la qual voce pur torna allo stesso. Quel, che importa, si è, che non distingue Papiniano, come fa Celso, tra lo *speso*, e 'l *migliorato*, e tra 'l tempo passato, e 'l tempo presente. Assolutamente vuole, che si estimi l' edificio, e se ne paghi l' estimazione del tempo, in cui se ne fa la restituzione al fedecommessario: *Aetatem accipio*, sono parole del citato Cujacio, *pro aetate statuque praesenti, nam in jure praesentia rerum pretia spectamus, non quae fuerunt olim*: ed egli è questa una regola di

 drit-

(a) *L. domos* 58. *de leg.* 1.
(b) *Ad cit. L. domos tom.* 4. *p.* 1302. *edit. Neap.*

dritto dataci dal giurisconsulto Callistrato, che scrive (*a*), *justa pretia ex praesenti aestimatione constitui*.

Nè contrario al luogo di Celso è 'l luogo di Papi-
3 niano, come taluno ha creduto. Trattano cotesti giurisconsulti due casi diversi. Parla Celso della spesa fatta da un semplice possessore, che avendo *imprudens*, nol sapendo, comperato il fondo da colui, che padrone non n' era, comechè diritto avesse su i frutti, non avea di
4 certo alcun diritto sul fondo. Parla Papiniano della spesa fatta sul fondo dall' erede gravato del peso di restituirlo dopo sua morte ad altrui. E chi non sa, che non potendo il dominio star sospeso, e, come Accursio diceva, *in aere*, ha cotesto erede, durante sua vita, il domi-
5 nio del fondo? Or molto importa, che 'l possessore ne abbia, o non ne abbia il dominio. E' massima quanto volgare, altrettanto indubitata di dritto, che come il pericolo, così 'l comodo, e conseguentemente come il detrimento, così l'aumento del tempo è del padrone (*b*): e quinci nasce la diversa ragion del testo di Celso, e del testo di Papiniano. Perchè 'l possessore nel caso di Celso non avea dominio del fondo, è giusto, che se col proceder del tempo *plus pretii fundo accessit*, cotesto aumento sia del padrone, che vindica il fondo, non di esso possessore. Al contrario, perchè l'erede (nel caso di Papiniano) ha sua vita durante il dominio del fondo, se col proceder del tempo il *migliorato* è più dello *speso*, e tal' è nel tempo della restituzione, suo per Legge esser dee cotesto aumento. Niuno tra' forensi ha trattato cotesto punto più diffusamente, e più dottamente del nostro Reggente de Marinis. Dopo di avere recate in mezzo le diverse opinioni de' Dottori dintorno a ciò gli ri-

duce

(a) *L. non intelligitur* 3. §. 5. *de jure fisci*.
(b) *L. pignus* 9. *C. de pignerat. act.*

duce a concordia distinguendo i due diversi casi. Piacemi di trascrivere le sue parole (a): *His rejectis distinctionibus, quae vero sunt de vento, dic, Doctores pro utraque opinione relatos recte loquutos fuisse; etenim illi, qui putarunt, tempus factae meliorationis esse attendendum, & sic ut illud tantum solvatur, quod impensum est, non autem quod melioratum, si plus est, pro eorum fundanda sententia allegant textum in* L. in fundo ff. de rei vind. *Dic tu, in terminis illius textus, ab hac opinione recedi non posse; loquitur enim in convento rei vindicatione; & disponit, quod quoties quis hoc judicio convenitur, qui putans se esse dominum, quum vere non esset, rem, super qua mota est controversia, bona fide melioravit, condemnato ad relaxandum, quod in meliorationibus impensum est, venit illi per rei dominum exbursandum. Hujus dispositionis ratio est manifesta, quia expensae a domino factae non fuere, sed tantum a simplici possessore, qui propter dominium, quod nunquam habuit, aliud recuperare non potest, nisi quod vere expendit ad instar negotiorum gestoris, nam quod est melioratum cedit ei, qui dominium habet. Illi autem, qui contrariam firmarunt sententiam, ut nimirum sit attendendum, quod est melioratum, non autem quod impensum, bene etiam responderunt; loquuntur enim in herede gravato, qui bona gravamini subjecta, conditione pendente, melioraverit; & ex dispositione textus in d.* L. domos 58. ff. de leg. 1. *secundum magis communem intellectum non quod impensum est, sed id, per quod pretiosior res facta est restitutionis tempore fideicommissarius solvere tenetur . . . Rationem assignant Doctores dispositionis d.* L. *domos, quia heres consideratur habere dominium quamvis solubile, quod non est in possessore attenta dispositione d.* L. in fundo; *& si haec dominii ratio facit, ut in aesti-*

(a) *Resol. lib. 2. cap.* 133. *a num.* 9.

aestimandis meliorationibus per heredem gravatum factis restitutionis tempus sit attendendum, a fortiori erit idem dicendum in omni persona, quae uti rei dominus & vere habens dominium melioravit. Soggiunge poi il de Marinis più esempj di cose giudicate (a), e tra essi una Decisione del S. C. fatta a difesa di Anna, che della stessa distinzione tra 'l caso di Celso, e 'l caso di Papiniano si valse. Or poichè 'l feudatario ha l' util dominio del feudo, necessariamente ne segue esser da attendere il *migliorato*, non lo *speso*, tuttochè molto men vaglia questo, che quello. E non è da omettere quel, che da buon giurisconsulto, qual fu, ci lasciò scritto il Ruino trattando appunto il caso di un edifizio migliorato, pendente la condizione, dall' erede gravato: ch' è 'l caso di

6 Papiniano. Sue parole sono (b): *Sicut ubi expensa excedit augmentum ex ea proveniens, non repetit heres totam expensam, sed hoc solum, in quo res tempore restitutionis reperitur aucta; & sic heres in hoc patitur damnum, ita e contra si dictum augmentum excedat expensam, ad lucrum heredis debet haberi respectus ad integrum augmentum, & non ad id tantum, quod est expensum, ut par sit ratio lucri, & damni.* E' regola di dritto non solo civile, ma naturale ancora, secondochè 'l giurisconsulto Paolo insegna (c), *commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda*. Che a questa regola di dritto non si faccia luogo nel colono, nell' usufruttuario, ed in qualunque semplice possessore, s' intende. Spendon costoro sul fondo nè col carattere, nè coll' animo di padroni; e poichè per un' altra regola di dritto come manca, così cresce la cosa a danno, ed in pro de' soli padroni, quali essi non

(a) *Num.* 10 *in fin.*, & *num.* 15.
(b) *Lib.* 3. *consf.* 117. *num.* 1.
(c) *L. secundum naturam* 10. *ff. de reg. jur.*

non sono, è giusto, che per le migliorazioni si paghi loro sempre il meno. Ma che non se le faccia luogo in coloro, che col carattere, e coll' animo di padroni migliorano il fondo, non si può intendere in alcun modo.

Quel dì, che questa causa si trattò nella Camera degli Allodiali, mi si fecero due obbjezioni, alle quali rendo ora in iscritto quelle stesse risposte, che mi riuscì di prontamente rendere allora a voce.

La prima obbjezione fu questa. La soprarrecata distinzione tra 'l semplice possessore, e 'l padrone è vera secondo il jus comune, non secondo il jus feudale, secondo cui, nel caso della devoluzione, dee sempre il Fisco pagare il meno.

7

Si trovi, risposi allora, e rispondo ora: si trovi nel Corpo del jus feudale un luogo, in cui diasi al Fisco il privilegio di pagar sempre il meno, e mi darò per vinto. In un luogo solo del jus feudale comune parlasi di quel, che dee pagare il Fisco, in caso di devoluzione, all' erede ne' burgensatici per le migliorazioni fatte dal feudatario: ed ecco come se ne parla (a): *Si vassallus in feudo aliquod aedificium fecerit, vel ipsum sua pecunia melioraverit, & postea vassallus sine filio masculo decedat* (ecco il caso della devoluzione secondo il jus feudale comune) *Dominus aut patiatur aedificium auferri*, se l' *edifizio* (la qual voce, a giudizio degl' Interpetri, qualunque altra nuova opera comprende, tuttochè fabbrica non sia, onde latinamente si dice *aedificare navim*) se, dico, l' edifizio può facilmente separarsi dal feudo; *aut solvat pretium meliorationum*. Non fa distinzione il testo feudale tra lo *speso*, e 'l *migliorato*, e tra 'l tempo passato, e 'l tempo presente, come la fa 'l testo di Celso:

(a) *Cap. Domino guerram §. si vassallus tit. 28. lib. 2.*

in L. domos, ff. de leg.1. *judicatum in Collaterali Consilio.*

La seconda obbjezione fu questa. Le migliorazioni, 9 di cui ora si tratta, consistono, come si è detto, in alberi fruttiferi: e per le migliorazioni di cotesto genere o nulla si deve, o 'l men che si può, perchè il possessore se spende per la piantagione degli albori novelli, acquista gli antichi, che vanno di tempo in tempo a mancare. E di fatto nella lite, che si agitò tra 'l defunto Duca di Costanzo, e i suoi coloni per le migliorazioni da costoro fatte, di queste niun conto si tenne.

Rispofi allora, e rispondo ora, che l'obbjezione ha luogo ne' possessori, che han dritto su i soli frutti, non già sul fondo, quali sono gli usufruttuarj. Di costoro, scrive Triboniano (a), che, se anno l' usufrutto di una 10 greggia, *in locum demortuorum capitum submittere debent:* nè sempre, ma *ex foetu*, cioè se nascano nuovi agnelli; e che se anno l'usufrutto di un fondo, *in vinearum demortuarum, vel arborum locum alias debent substituere*, nè sempre per quel, che appresso il giurisconsulto Paolo è scritto (b): *Arbores vi tempestatis, non culpa fructuarii, eversas ab eo substitui, non placet*. Or come può dirsi lo stesso di coloro, che 'l fondo posseggono col carattere e coll' animo di padroni? Chi sul fondo ha dritto di dominio troppo è chiaro, che niun obbligo ha di supplire con nuove piantagioni il difetto delle antiche piante, come l'ha chi possiede il fondo non suo. Di costui, dice Triboniano, che *recte colere, & quasi bonus paterfam. uti debet*. Nella lite tra 'l defunto Duca di Costanzo, e i suoi coloni non si venne mai a decreto diffinitivo. Ma che poteano que' coloni sperare? Negl' istrumenti si era espressamente convenuto, che nulla potesser pretendere

 a ti-

(a) *Inst. lib. 2. tit. de rer. div.* §. 38.
(b) *L. arbores* 59. *de usufr. & quemad. quis ut.*

a titolo di migliorazioni, e per cotesto patto erasi scemato il fitto. E quì ricordomi, che, rispondendo a voce nel Tribunale a questa seconda obbjezione, soggiunsi, che le migliorazioni in niun contratto tanto sono della natura della cosa, quanto nell' enfiteusi: e pure, se non per colpa dell'enfiteuta devolvesi il fondo, se ne dee pagare il prezzo del tempo della devoluzione, tuttochè maggiore dello *speso*: appunto perchè sono migliorazioni fatte da un possessore, che avea l' utile dominio del fondo. Non ebbi allora pronta l' autorità di un qualche Dottore. Eccola ora. *In melioramentis factis ab emphyteuta*, dice il Valasco (a), *non debet inspici valor rei tempore, quo factae fuerunt impensae, sed status & valor praesens tempore restitutionis: unde si eo tempore minus valeat, quam sit impensum, ille dumtaxat valor debebitur, & idem, si PLUS VALEAT, quam sit impensum*. Potrei recare in mezzo ben molte altre autorità di Dottori, ma in troppe angustie di tempo, ed occupato da altra gravissima causa io scrivo. Altro per ora non posso fare, che rimettere il buon leggitore al Marta (b).

11

12 A confermazione di tutto ciò si è prodotta una *fede* della decision fatta dal S. C. nella causa della rivocazione del feudo di Vanze. Essendo stato condannato D. Ferdinando Mancarella a restituire il detto feudo a D. Orazio Vignes, e 'l Vignes a pagare, oltre il prezzo del feudo, il prezzo ancora delle migliorazioni fattevi dal Mancarella: migliorazioni, che, per la più gran parte, consisteano *in plantis arborum fructiferarum*, furon queste estimate *prout impensum*, e *proutælioratum*; e pretendendo il Vignes di dover pagare solamente lo *speso*, vale a dire, molto meno de' duc. 2701: 99, alla qual somma

(a) *De jure emphyt. quaest.* 25. *num.* 28.
(b) *Vot.* 6.

ma ascendeva il *migliorato* nel tempo della restituzion del feudo, il S.C. addì 12 del mese di Aprile dell'anno 1741 il condannò a pagare *ducatos* 2701., *& asses 99 juxta praesentem statum*, e non ostante che contra cotesto decreto si fossero dal Vignes prodotti più capi di nullità, fu nel dì 4 del mese di Maggio dell'anno 1743 confermato dal S.C. *Manum de tabula*.

Di Casa addì 15 del mese di Aprile dell'anno 1776.

Per D. Gaetano de Magistris contro D. Candida, e D. Laura Gloria.

A R G O M E N T O.

Trattasi la quistione, se i figli posti in *condizione* siano *dispositivamente* chiamati.

S O M M A R I O.

1 *La controversia riguardante se i figli posti in condizione s' intendano* dispositivamente *chiamati fu ignota a' Romani Giurisconsulti. Gl' interpetri del jus civile han dubitato, se i figli posti in condizione siano* dispositivamente *chiamati. Dal Fusario fu tale controversia riputata difficilissima.*

2 *La Disposizione è un atto positivo. Per l' opposto la Condizione è una mera privazion di cosa, donde non può nascere un atto positivo.*

3 *Per quello, che lasciasi* in vim conditionis, *non compete*

pete azione, *nè ha luogo l' Editto* Si quis omissa caussa testamenti ec., *poichè entra la regola*, quae sunt in conditione, non sunt in dispositione. *Ved. i num. seg.*

4 *In vigor dell' Editto* Si quis omissa caussa testamenti ec. *si debbono i legati dall' erede* ab intestato, *come se si fosse dal medesimo adita l' eredità* ex testamento.

6 *I posti in condizione*, *tuttochè siano discendenti dal testatore*, *non si hanno per* dispositivamente *chiamati*.

7 *A giudizio degl' interpetri i figli posti in condizione non si hanno per* dispositivamente *chiamati*. *A giudizio de' forensi si hanno per* dispositivamente *chiamati*, *caso che vi concorrano congetture*, *donde si possa trarre*, *che* dispositivamente *siano chiamati*. Nel num. seg. *sino al* num. 14. *si annoverano quali siano coteste congetture*.

8 *I figli posti in condizione si hanno come* dispositivamente *chiamati*, *quandochè sieno de' discendenti del testatore*.

9 *I figli posti in condizione si hanno come* dispositivamente *chiamati*, *quando nella condizione son posti sotto la qualità de' maschi*, *o colla esclusion delle femmine*, *o*, *quando abbia il testator fatto divieto di alienare*, *od imposto gravame a' figli*, *o riguardato il favor dell' agnazione*, *od usate clausole significanti perpetuità*.

10 *I figli posti in condizione si hanno per* dispositivamente *chiamati*, *dove il testatore abbia fatto più gradi di sustituzioni*. Nel num. 11. *cotesta congettura si riprova*. Nel num. 12. *si sostiene*, *che quando anche si abbia per buona*, *non può sola bastare*. Nel num. 13. *si mostra*, *che di tale congettura se ne sia fatto uso nel solo caso*, *che sieno posti in condizione i discendenti*, *e non già i collaterali del testatore*. Nel num. 14. *si fonda*, *che detta congettura sia del numero di quelle*, *che nella presente controversia si hanno per* leggiere.

15 *A giudizio de' forensi dove i posti in condizione siano di-*

discendenti, bastano congetture più lievi per potersi dedurre, che siano dispositivamente *chiamati: dove poi siano collaterali si richieggono congetture molto più gravi.*
16 *Quando assolutamente si dia, che i posti in condizione siano* dispositivamente *chiamati, ciò necessariamente assi ad intendere per rispetto della porzione del solo lor padre, non mai per rispetto della porzione del patruo.*

ALLEGAZIONE VI.

D. Gaetano de Magistris come figlio, ed erede di Carlo è creditore di Candida, e di Laura Gloria figlie, ed eredi di Bartolomeo nella somma di duc. 600. di sorte, e di più migliaja d' interesse in virtù di due pubblici strumenti stipulati l'anno 1698. tra 'l suddetto Carlo, e 'l suddetto Bartolomeo. Dopo lungo litigio si spedirono contra le due debitrici le lettere esecutoriali per la somma di duc. 3300., e seguentemente ordinossi la vendita di alcuni stabili, che aveano nelle pertinenze della Città di Carinola. Chi non avrebbe creduto, ch' erasi così posto fine alla lite? Ma ecco ne surse un' altra, cui deve il S. Consiglio por fine. Le due debitrici a deludere il creditore ricorsero nella G. Corte, e presentato quivi il testamento di Giambattista Gloria, nel quale Vincenzo, Niccolò, Domenico, e Bartolomeo fratelli del testatore s' istituiscono eredi, e vicendevolmente si sustituiscono *morendo senza figli*, pretesero, che i figli degli eredi posti in condizione fossero *dispositivamente* chiamati: e che per conseguenza i beni di Giambattista dopo la morte di Vincenzo, di Niccolò, e di Domenico senza figli, a Bartolomeo pervenuti, e morto Bartolomeo pervenuti loro; loro spettavano, non come ad eredi di Bartolomeo lor padre, che 'l debito contrasse, ma come ad eredi di Giambattista. E così dichiarò

la

la G. C. per lo seguente decreto: *Per M. Curiam V. F. V. visis actis fuit provisum, & decretum, ac ipsa M. C. declarat, bona hereditaria qu. Johannis Baptistae Gloria obventa Vincentio, Nicolao, Dominico, & Bartholomaeo ejus fratribus, & heredibus institutis, stante obitu sine liberis dictorum Vincentii, Nicolai, & Dominici, superstite dicto Bartholomaeo eorum fratre, spectavisse, & spectare in beneficium Candidae, & Laurae Gloria, filiarum dicti qu. Bartholomaei, vigore substitutionis in testamento dicti qu. Johannis Baptistae ordinatae cum oneribus, vinculis, & substitutionibus in testamento contentis.*

Contra cotesto decreto si è prodotta supplica da D. Gaetano, perchè si rivochi. Ma primachè io mi faccia a mostrare, che i figli posti in condizione non sono *dispositivamente* chiamati, son quì da trascrivere le parole del testamento di Giambattista. Poichè costui ebbe scritti eredi Vincenzo, Niccolò, Bartolomeo, e Domenico suoi fratelli, soggiunse: *Morendo ciascuno di detti suoi fratelli, ed eredi quandocumque senza figli legittimi, e naturali da loro corpi legitime discendentino, in tal caso l'uno debba succedere all' altro, e l' altro all' uno; e morendo li suddetti suoi fratelli, ed eredi, senza lasciare figli, ut supra, in detto caso ex nunc pro tunc istituisce, e sostituisce in detta sua eredità suoi eredi universali, e particolari li figli tanto mascoli, quanto femmine nati, e nascituri, e nate, e nasciture dalla Signora Elisabetta Gloria sua carissima sorella, e dal Signor Gio: Battista Mele suo marito, e cognato di esso Signor testatore, ognuno di essi pro aequali parte, & portione, & non altrimente, nè d' altro modo.*

1 Io so, che gl' interpetri del jus civile, massimamente quelli, la cui autorità molto vale nel foro, han dubitato, se i figli posti in condizione sieno *dispositivamente* chiamati: so, che fu cotesta controversia dal Fusa-

sario (*a*) reputata *difficilissima*: so finalmente, che si è giudicato più volte in pro de' figli; ma so ancora, che i più dotti spositori delle Leggi han chiaramente mostrato esser cotesta una controversia del tutto ignota a' Romani Giurisconsulti, i quali, trattando sovente di fedecommessi lasciati sotto quella condizione, non ebbero mai per chiamati *dispositivamente* i posti in condizione. Ce ne rende sicuri il Fabro (*b*) di cotesta controversia scrivendo: *Prudentibus prorsus incognita fuit, & inaudita, in quorum responsis quum nihil sit frequentius, quam ut tractent de fideicommissis sub bujusmodi conditione relictis, nusquam tamen dubitant, utrum ex eo, quod liberos in conditione posuit testator, de iis ipsis vocandis, & substituendis sensisse intelligatur:* seguentemente chiama egli l'opinione affermativa *inettissimo, e perniciosissimo errore*. E di vero chi bene intende la forza delle parole *condizionate*, e delle *dispositive*, non negherà, che la disposizione è un atto positivo; e per contrario, la condizione è una mera privazion di cosa, donde non può nascere un atto positivo, come dal niente non può nascere alcuna cosa: onde poi necessariamente segue quel, che 'l Fabro soggiunse, *esse ista prorsus repugnantia conditionaliter loqui, & dispositive loqui*. Nè possono giovare le congetture. Quel testatore, che potea *dispositivamente* chiamare alcuno alla sua eredità, e 'l pose semplicemente in condizione, è da credere, che non l'avesse voluto *dispositivamente* chiamare. Così gli antichi Giurisconsulti interpetrarono le volontà de' testatori, nè possiam noi interpetrarle altrimenti. A cotesto modo Ulpiano le interpetrò nel seguente caso, ch' e' finse. Aveva un testatore scritto erede Cajo sotto la condizione di dar diece

2

3

(a) *De subst. quaest.* 437. *n.* 1.
(b) *De err. dec.* 26. *er.* 1.

ce a Sempronio. Cajo, ch' era de' chiamati per Legge *ab intestato*, omessa la causa del testamento, amò meglio di possedere *ab intestato* l' eredità. Nacque il dubbio, se si doveano i dieci a Sempronio, ch' era stato posto in condizione. E quantunque non fosse da dubitare, che in virtù dell' Editto *Si quis omissa caussa testamenti &c.* si dovessero i legati (a); nondimeno Ulpiano francamente affermò, che non si doveano i dieci a Sempronio, come a colui, che legatario non era (b), *Magis est, ne ei subveniatur, neque enim legatarius est*. E perchè così rispose Ulpiano? E non era più che manifesta in favor di Sempronio la volontà del testatore, il quale espressamente volle, che l' acquisto, che far poteva Cajo della eredità, dipendesse dal dare i dieci a Sempronio? Manifestissima (chi può negarlo?) era la volontà del testatore: ma non era espressa nel modo dalle Leggi prescritto, il qual modo era necessariamente da usare. Il modo prescritto è la clausola *dispositiva*, non la *condizionale*. E perchè non si creda esser da dire altrimenti, quando sieno posti in condizione i discendenti del testatore; si vegga un rescritto degl' Imperadori Severo, ed Antonino (c), ove i nipoti dall' avo posti in condizione non si hanno per *dispositivamente* chiamati.

Ma voglio io farmi trarre dal più de' forensi, e seguire la falsa loro opinione: ma notisi quì, che l' opinion de' forensi non è quale dall' Avversario si propone. Non dicono i forensi, che i figli posti in condizione son chiamati *dispositivamente*; ma che possono esser tal volta *dispositivamente* chiamati: onde la differenza tra l' opinione degli eruditi interpetri delle Leggi, e l' opinion de'

(a) L. 1. & *seq. ff. si quis omiss. caus. testam.*
(b) *L.* 8. *ff. eod.*
(c) *In L.* 1. *C. de pactis.*

de' forenſi è poſta nelle *limitazioni*, non nella *regola*. A giudizio degli uni, e degli altri è *regola* di Legge, che i poſti in condizione non ſono *diſpoſitivamente* chiamati. Per riſpetto poi delle *limitazioni*, i forenſi ne ammetton molte, gli eruditi niuna. Dell' opinar de' forenſi teſtimonianza ci rende il dottiſſimo Card. de Luca (*a*): *Licet inter antiquiores nodoſa fuerit quaeſtio, an filii in conditione poſiti cenſeantur vocati, atque affirmativa non improbabilibus nitatur fundamentis; attamen in foro receptiſſima, & abſoluta èſt negativa, hodie abſque alia diſputatione praeſupponenda pro regula... verum ſicuti recepta eſt regula, ita etiam recepta, & abſoluta eſt limitatio ex conjecturis*. E' dunque da vedere, ſe concorrano nel noſtro caſo quelle congetture, onde, a detto de' forenſi, faſſi luogo alle *limitazioni*. E non vi concorron di certo: e 'l moſtrerò chiaramente noverandole una ad una.

8 Inſegnano i forenſi (*b*), che i figli poſti in condizione ſi hanno come *diſpoſitivamente* chiamati, quandochè ſieno de' diſcendenti del teſtatore, non già quando ſieno de' collaterali. Ma Giambattiſta era fratello di Bartolomeo, e zio di Candida, e di Laura.

9 Inſegnano ancora i forenſi (*c*), che i figli poſti in condizione ſi hanno come *diſpoſitivamente* chiamati, quando nella condizione ſon poſti ſotto la qualità di maſchi (*d*), o colla eſcluſione delle femmine (*e*), o quando abbia il teſtatore fatto divieto di alienare (*f*), od impoſto gravame a' figli (*g*), o riguardato il favore dell'

(a) *De fideicom. diſc.* 73. *n.* 3.
(b) *Fuſar. d. quaeſt. n.* 5. & *num.* 32.
(c) *Fuſar. n.* 25.
(d) *Fuſar. n.* 28.
(e) *Fuſar. n.* 37.
(f) *Fuſar. n.* 38. (g) *Fuſar. n.* 41.

agnazione, od usate clausule significanti perpetuità. Ma 'l nostro testatore chiamò come i maschi, così le femmine; avendo posto in condizione i *figli* de' suoi fratelli: sotto il qual nome regolarmente vengono, come si sa per ciascuno, anche le *figlie:* il testatore non fece alcun divieto di alienare, non impose gravame a' figli de' fratelli, non riguardò favore di agnazione, non usò clausola dinotante perpetuità.

10 Ma ci è congettura (dice quì l' Avversario) per cui è da credere, che avesse il testatore *dispositivamente* chiamati i figli de' suoi fratelli. Questa si trae dall' aver colui fatti più gradi di sustituzione, poichè, non contento di avere reciprocamente sustituiti i fratelli, caso che ciascun fosse morto senza figli, a' fratelli sustituì ancora i figli di sua sorella. Si vale l' Avversario dell' autorità del Fusario (a): *Septimo prima opinio* (che i posti in condizione sieno *dispositivamente* chiamati) *multo magis locum haberet, si testator etiam digressus esset ad plures gradus substitutionum*.

11 Rispondo, non essere da tenere alcun conto di cotesta congettura, che per servire alla causa primamente introdusse nella Giurisprudenza forense o 'l Baldo, o l' Ancarano (b), come di quella, che *comunemente* vien *rigettata*, come scrive il Ripa (c): anzi di cotesta congettura trattando l' Alciato (d), la chiama *fantasia riprovata da tutti i Dottori*. Ed in vero non si appoggia nè a Legge, nè a ragione. L' apparente ragione, onde si vuol sostenere, per testimonianza del Mantica, è questa: perchè l' avere il testatore posto più volte in condizione i figli

(a) *In d. quaest. n. 36.*
(b) *Mantic. de conject. ult. vol. lib. 11. tit. 3. n. 13.*
(c) *In L. Centurio n. 165. de vulg.*
(d) *Cons. 89. n. 5. lib. 9.*

figli è argomento di grande amore: e cotesto tanto amore fa presumere, che gli abbia voluto *dispositivamente* chiamare (a): *Nam quum testator filios saepius posuerit in conditione, videtur plurimum dilexisse*. Ci è cosa più sconcia ad udire? Assi più tosto a dire il contrario anche giusta i principj della Giurisprudenza del foro. Nel foro, secondochè si è detto, tiene il luogo di regola l'opinion di coloro, che non han per chiamati *dispositivamente* i posti in condizione. E perchè? Perchè anche nel foro si ha per vero, che le clausole *condizionali* sono di sua natura contrarie alle *dispositive*. E se così è, dall'avere un testatore ne' molti gradi di sustituzioni, ch' e' fece, più volte nominato i figli, e dall' avergli posti sempre in condizione, e non mai chiamati *dispositivamente*, si deve anzi raccorre, che non gli volle mai *dispositivamente* chiamare. Cotesta apparente ragione sembrò cotanto debole al Gabriello, ch' ebbe per *impossibile*, che dall' essersi in più gradi di sustituzioni ripetita la condizione della morte de' chiamati senza figli, si deducesse, che i posti in condizione fossero *dispositivamente* chiamati: *Impossibile est*, son sue parole (b), *ut digressio ad plures gradus operetur vocationem in conditione positorum*.

12 Rispondo ancora, che quando anche si abbia per buona cotesta congettura, non può sola bastare. In ciò son d'accordo presso che tutti i forensi. Così testimonia il Ripa (c): *Tertia conjectura est, si testator digressus fuerit ad plures gradus substitutionum semper sub eadem conditione si sine liberis secundum Petrum de Ancharano; quae conjectura, sic simpliciter deducta, communiter reprobatur: juncta tamen cum aliis multum operatur*. Così, dopo

 Giu-

(a) *Mantic. ibid.*
(b) *Conf. 93. n. 42. lib. 2.*
(c) *Ibid.*

Giulio Claro, scrive il Mantica (a): *Propter hanc solam conjecturam non esse in practica recedendum a communi opinione*. Non altrimenti opinò lo stesso Fusario, della cui autorità l' Avversario si vale: e 'l mostra la voce *etiam*, che usò colui nel luogo trascritto.

13 Oltre a ciò rispondo, che i primi autori di cotesta congettura, e i lor seguaci ne usano solamente nel caso, che son posti in condizione i discendenti del testatore. In fatti l' Ancarano, a confermazion di essa, citò la famosa *L. quum avus*, e la *L. quum acutissimi*, ne' quali due luoghi di soli discendenti si parla: nè ci è riguardevol Dottore, che abbia l' ardimento di usarne nel caso, che sien posti in condizione i collaterali del testatore, qual'è 'l caso nostro. Il sopraccitato Mantica, dopo aver proposta, ed esaminata la suddetta congettura dell'Ancarano, soggiunse: *In collateralibus ergo non debet admitti haec conjectura, quia deficit fundamentum Anchavani sumtum ex Legibus supra deductis*, cioè dalla *L. quum avus*, e dalla *L. quum acutissimi*.

14 Finalmente rispondo, che l' opposta congettura è del numero di quelle, che nella presente controversia si hanno per *leggiere*. Chi ne può dubitare? Il Ripa, il Claro, e 'l Mantica francamente affermano, che sola non può bastare: e 'l Gabriello l' ha per cotanto debole, che stima *impossibile* poterfi quinci dedurre, che i posti in

15 condizione sieno *dispositivamente* chiamati. Ora stando così la cosa, mi dee giovar d' assai una regola, che danno i forensi la presente controversia trattando. Dicono essi, che quando son posti in condizione i discendenti, bastano congetture più lievi: quando poi son posti in condizione i collaterali, si richieggono allora congetture molto più gravi. Dubitò di questa regola il solo Card. de

(a) *In d. tit. 3. n. 13.*

de Luca; ma soggiunse con ingenuità (a): *Quia est ex magis communi sensu DD. ac Tribunalium, & praesertim Rotae recepta, ut in istius causae tertia decisione anni 1674. late comprobatur, multas cumulando decisiones, & auctoritates, ac etiam frequenter in antecedentibus advertitur; idcirco cum ea procedendum est.* Poichè dunque nel testamento, di cui si tratta, son posti in condizione i collaterali, ne segue, a giudizio degli stessi forensi, che di cotesta congettura non sia da tenere alcun conto.

16 Ma si dica ora quel, che ci trarrà certamente di dubbio. Quando assolutamente si dia, che i posti in condizione sieno *dispositivamente* chiamati, ciò si dee necessariamente intendere per rispetto della porzione del solo lor padre, non mai per rispetto della porzione del patruo: *Illud est adnotandum*, dice il Mantica (b), *quod quando filii positi in conditione censentur substituti, intelliguntur substituti in portione patris dumtaxat, cujus ratione sunt in conditione positi, non etiam patrui, cujus contemplatione non sunt positi in conditione*. Lo stesso avea prima insegnato il Ruino (c) soggiungendo, *esser ciò secondo la mente di TUTTI i Dottori*. E chi è, che possa pensare altrimenti? Dicendo un testatore, *Se Tizio morrà senza figli, sia mio erede Sempronio*, chi vorrà seguir la massima, che i posti in condizione sieno *dispositivamente* chiamati, come dovrà interpetrare le parole del testatore? Non altrimenti, che mutando la formola *condizionale* in *dispositiva*. Or se la *condizionale* è questa, *Se Tizio morrà senza figli*, qual sarà la *dispositiva?* Eccola: *Dopo la morte di Tizio sieno eredi i suoi figli*. Dunque i figli di Tizio sono a Tizio sustituiti: e se è così, sono

(a) *In d. disc. 220. n. 8.*
(b) *In d. tit. 3. n. ult.*
(c) *Cons. 141. n. 13. vol. 3.*

sono essi alla sola porzion di Tizio chiamati, non alla porzione d'altrui; essendo cosa sconcissima a dire, che'l sustituto o succeda a colui, al quale non fu mai sustituito, o che in virtù della sustituzione consegua più che non si era lasciato all'erede istituito. Posto ciò sarebbono Candida, e Laura *dispositivamente* chiamate alla sola porzione di Bartolomeo lor padre, non alle porzioni di Vincenzo, e di Nicola, e di Domenico lor patrui, le quali senz'alcun peso di sustituzione passarono a Bartolomeo, e cominciarono a soggiacere a quella ipoteca, cui avea Bartolomeo sottoposti negl'istrumenti dell'anno 1698. anche i beni futuri: e finalmente, morto Bartolomeo, sono col peso della medesima ipoteca venute loro come ad eredi di Bartolomeo, non di Giambattista. Si aggiunge, che ne' suddetti istrumenti obbligossi *in solidum* con Bartolomeo anche Nicola.

Per le cose dette è da sperare, che abbia il S. Consiglio a rivocare il decreto della G. Corte.

Di Casa il dì 21. del mese di Maggio dell'anno 1759.

Per D. Pasquale Potenza contr' a' figli ed eredi dell'Avvocato D. Francesco Potenza.

ARGOMENTO.

E' regola legale, che regolandosi la successione fedecommessaria tra più persone di uno stesso genere, chiamato coll'ordine della successione *ab intestato*, la rappre-

(a) Consil. 142. n. 13. vol. 3.

presentazione ne' trasversali si dà solamente nel primo grado a favor de' figli del fratello predefunto. In quest' Allegazione ragionasi della limitazione dell' accennata regola legale, trattandosi il caso in cui la *rappresentazione* non entra nel suddetto primo grado, perchè trattasi di quella sustituzion *reciproca* tra' primi eredi istituiti, la quale può dirsi personale a favor de' superstiti. E incidentalmente si fa parola della *rappresentazione*, della *trasmissione*, del *jus adcrescendi*, e del *jus* della *sustituzione*, dimostrandosi il divario, che passa tra loro.

S O M M A R I O.

1 *Dove la successione fedecommessaria non si regoli coll' ordine della successione* ab intestato, *la* rappresentazione *non ha luogo, perchè il* jus *della* sustituzione *non dà luogo al* jus *della* rappresentazione. Ved. il num. 41.

2 *Si distingue il* jus adcrescendi *dal* jus *della sustituzione, e si mostra il divario, che passa tra l' uno, e l' altro.*

3 *Si rapportano varie decisioni in conferma dell' assunto.*

4 *Dove i sustituti reciprocamente trovansi co' proprj loro nomi invitati alla sustituzione, e, per l' opposto, i lor figli trovansi posti in condizione col nome appellativo di figli, in tal caso non si dà* trasmissione *a beneficio de' posti a tal modo in condizione.*

5 *I trasmissarj sono* o del suo erede, *o* Teodosiani, *o* Giustinianei.

6 *I trasmissarj* del suo erede, *sono gli eredi anche estranei del suo erede, che dopo la morte del testatore sia morto. Si trasmette loro l' eredità del testatore, perchè si ha come acquistata per potestà di Legge dal suo erede.*

7 *I trasmissarj* Teodosiani *sono i discendenti di coloro, che*

o suoi,

o suoi, od emancipati siano stati scritti eredi dagli ascendenti paterni, o materni non oltre il terzo grado; e si trasmette loro l' eredità del testatore anche come acquistata. Ved. il num. 44.

8 *I trasmissarj* Giustinianei *sono gli eredi degli eredi, che dentro il tempo dato a deliberare, ma prima di deliberare, sono morti; e si trasmette loro non l' eredità, ma 'l solo* jus *di deliberare dentro il tempo, che resta.* Ved. il num. 44.

9 *In due modi può il testatore lasciare l' usufrutto ad uno, e la proprietà di sua roba ad un altro. Dimostrazione di cotesti due modi, e quali sieno.*

10 *Se 'l testatore lascia l' usufrutto ad uno, e dopo la costui morte, la proprietà ad un altro, in questo caso l' usufruttuario è 'l solo erede* ex asse, *e 'l proprietario tiene il luogo di fedecommessario; cosicchè se all' usufruttuario premuore, nulla trasmette agli eredi suoi.* V. i num. seg. sino al num. 18.

11 *L' erede scritto in una parte della eredità, quando non abbia coerede, si ha come scritto* ex asse.

12 *L' usufrutto è una parte della eredità.*

13 Colui, *al quale si è lasciata la proprietà dopo la morte dell' usufruttuario, non può chiamarsi coerede, appunto perchè gli si è lasciata dopo la morte dell' usufruttuario.*

14 *Ignoti sono alla Legge due coeredi, de' quali dee l' uno aspettare la morte dell' altro.*

15 *Il proprietario, ch' è stato scritto erede dopo la morte dell' usufruttuario, non si ha come erede scritto* ex certo tempore. *La ragion di ciò si allega nel* num. 17.

16 *L' erede scritto* ex certo tempore, perinde est, ac si pure institutus esset.

19 *I trasmissarj, tuttochè sieno* del suo erede, *sono esclusi da' sustituti.*

20 *Il fedecommesso, nel dubbio, non si estende da per sona a persona, nè meno per la verisimile mente del testatore, o per la identità della ragione.*

21 *Le parole* dicti, supradicti, superstites, *sono da riferirsi alle persone di cui prima si è fatta menzione.* V. il num. 24.

22 *I chiamati alla successione co' proprj loro nomi, e reciprocamente sustituti, s'intendono ancora co' proprj loro nomi sustituiti.*

23 *I nominati co' nomi proprj, sono sempre da preferirsi a' nominati collettivamente, o co' nomi appellativi.* Ved. il num. seg.

24 *La reciproca sustituzion fatta a benefizio de' sustituti superstiti non comprende i figli posti in condizione: e ciò molto più dove i sustituti furono alla sustituzione invitati co' proprj lor nomi; e i figli di costoro furon nominati collettivamente, e co' nomi appellativi; il che molto più è vero dove i figli de' sustituti erano ignoti al testatore, come non ancora nati nel tempo del testamento.*

25 *Dell' argomento* ab absurdo vitando *gran conto han tenuto i Romani Giurisconsulti.*

26 *Trattandosi di condizioni, le quali sono di strettissima interpetrazione, non si può fare estensione da persona a persona, tuttochè ci sia la identità della ragione.*

27 *Le parole sono da interpetrare in modo, che non ne segua contraddizione, od altra sconcezza.*

28 *Non si presume mai, che uom muti parere ad un tratto, e contraddica a se medesimo.*

29 *Se nel testamento si trovino due cose ordinate, l'una tanto all'altra contraria, che non possano per alcuna probabile interpetrazione ridursi a concordia, non si ha per ordinata nè l'una, nè l'altra.*

30 *Dove semplicemente e senza causa siasi proibita l'alie-*

nazion de' beni; sicchè il divieto riducasi ad un precetto nudo, *di tal divieto non è da tener conto in alcun modo*.

31 *Qual sia la regola, che assi a tenere nel caso di un testamento di dubbia interpetrazione*.

32 *Qual sia la regola da conoscere quel, che verisimilmente abbia avuto nell' animo il testatore*.

33 *L' eredità non si acquista, come acquistar si pretende, ma secondochè la Legge dispone si acquista*.

34 *Colui, ch' è stato istituito erede in più parti, non può, omettendone una, acquistar l' altre, avvegnachè la parte, che omette, vada al suo sustituto*. Ved. il num. 36.

35 *Se uno sia scritto erede* excepto fundo, *per Legge si ha come scritto* sine ea re, *cioè senza quella eccezione*.

37 *L' eredità o che dall' erede si venda, o che si doni, della qualità ereditaria non si spoglia*.

38 *La donazione non si presume*.

39 *Il Cujacio nelle sue Opere (tranne però le Consultazioni) scrisse* sibi, & doctis tantum, *come di lui disse già lo Scaligero*. Ved. il num. 40.

41 *Non in altra successione ammettesi il* jus *della* rappresentazione, *salvo che in quella, che si deferisce* ab intestato. V. il num. 1.

42 *Della* trasmissione *parla l' Imperador Teodosio nella sola successione testamentaria, non già nella legittima: e l' Imperador Giustiniano nell' una, e nell' altra*.

43 *Il* jus *della* rappresentazione *si dà nella linea retta a tutt' i discendenti; e nella collaterale a' soli figli de' fratelli*.

44 *Il* jus *della* trasmissione (*secondochè stabilì l' Imperador Teodosio*) *compete a' soli discendenti di coloro, che siano stati scritti eredi dagli ascendenti paterni, o materni, non oltre il terzo grado. Secondochè stabilì l' Imp. Giustiniano compete al successore anche estraneo*.

45 *Il*

45 *Il* jus *della* rappresentazione *compete solamente à successori di coloro, in vita de' quali non erasi deferita ancora l' eredità.*

46 *Il* jus *della* trasmissione *compete solamente à successori di coloro, in vita de' quali erasi l' eredità deferita.*

47 *Il figlio succede in luogo del padre, e gode tutti que' dritti, che al defunto padre competevano.*

48 *Per regola di Legge non possiam dipartirci dal proprio significato delle parole, se non che dove sia manifesta la contraria volontà del disponente.*

ALLEGAZIONE VII.

IL Dottor D. Cesare Potenza nel suo testamento scrisse così: *Fo, nomino, e scrivo mio erede universale, e particolare l' Arciprete Sign. D. Francesco Potenza mio germano fratello sopra tutti qualsivogliano miei beni: e voglio, che sia semplice usufruttuario di tutta la mia eredità sua vita durante tantum, e seguita sua morte voglio, che in detta mia eredità vi debbano succedere pro aequali parte, & portione li Signori D. Francesco, Sacerdote D. Primo Antonio, Sacerdote D. Vito, e D. Pasquale Potenza miei nipoti, figli del qu. Dottor D. Angelo Antonio Potenza altro mio germano fratello, ordinando espressamente una reciproca sustituzione fra detti miei nipoti, che, morendo ciascuno senza figli legittimi e naturali, nella porzione del moriente debbano succedere gli altri superstiti: però li figli posti in condizione non s' intendano nè chiamati, nè contemplati, nè indotto fedecommesso; ma solamente possano li figli rappresentare la porzione del loro padre in stirpes, & non in capita: al quale oggetto proibisco espressamente l' alienazione di qualsivoglia capitale, ed effetto della mia eredità durante la speranza di detta reciproca, ancorchè tutti li viventi consentissero all' aliena-*

zione. Morto il testatore fu dalla G. C. interposto il decreto di preambolo a benefizio dell' Arciprete D. Francesco per rispetto dell' usufrutto, ed a benefizio de' di lui quattro nipoti per rispetto della proprietà. A suo luogo dimostrerò, che fu cotesto decreto per inavvertenza interposto dalla G. C., e che doveva interporsi a benefizio del solo Arciprete D. Francesco colle sustituzioni dal testatore ordinate. Si vada ora innanzi. Primachè morisse l' Arciprete D. Francesco morirono prima il Sacerdote D. Vito, e poi l' Avvocato D. Francesco Potenza lasciando due figli: ed ultimamente dopo la morte del suddetto Arciprete è morto il Sacerdote D. Primo Antonio, della cui porzione oggi si disputa. La pretende intera D. Pasquale ultimo de' quattro nipoti del testatore: ne pretendono la metà i due figli del defunto D. Francesco rappresentando il lor padre. La G. C. ne ha data loro la metà non inteso D. Pasquale: e costui del decreto della G. C. si è richiamato al S. C. Io, che scrivo per la giustizia del richiamo, brevemente dimostrerò, che nè per le massime del dritto, nè per la volontà del testatore possono i figli di D. Francesco in alcun modo concorrere con D. Pasquale loro zio.

Non si dubita, che D. Pasquale fu dal testatore sustituito a D. Primo Antonio suo fratello: nè si dubita, che i figli del defunto D. Francesco sono figli di un altro fratello parimente sustituito al suddetto D. Primo Antonio. Posto ciò quanto certo è per Legge il diritto della sustituzione nascente a benefizio di D. Pasquale dalla chiara ed espressa disposizione del testatore, altrettanto è certo per Legge, che quel pari diritto, che avrebbe avuto D. Francesco, se fosse sopravvivuto a D. Primo Antonio, premorto lui, a' di lui figli non passa: il perchè non posson costoro rappresentarlo, come certamente il rappresenterebbono nella successione *ab intestato*,

se

se al loro zio D. Primo Antonio succedessero. Questa è la gran differenza, che han posta le Leggi tra la successione *ab intestato*, e la sustituzione. *Quis nescit*, così Giacomo Cujacio (a), *jus repraesentationis habere tantum locum in successionibus ab intestato, non in substitutionibus? Substitutionis enim jus, quod substitutis, dum viverent, non defertur, nec in filios eorum transit.* Quel modo di dire dal Cujacio usato *Quis nescit* ec. mostra esser cotesta una massima indubitata appresso coloro, che intendono la Giurisprudenza. E come indubitata ci si propone da' giurisconsulti Papiniano, Paolo, Ulpiano, e Marciano. Scrive Papiniano (b): *Qui plures heredes instituit, ita scripsit: Eosque omnes invicem substituo: post aditam a quibusdam ex his hereditatem, uno eorum defuncto, si conditio substitutionis extitit, alio herede partem suam repudiante, ad superstites tota portio pertinebit: quoniam invicem in omnem causam singuli substituti videbuntur.* Dice, che a' *superstiti*, cioè agli altri nominatamente sustituiti si appartiene la porzione, e *tutta*, cioè senza che co' sustituti superstiti possan concorrere gli eredi del sustituto, che non l' aveva acquistata: e così fu cotesto luogo inteso dalla Glossa, le cui parole sono, *Ad superstites tantum, non ad heredes mortui*: e ciò si conferma per quel, che lo stesso Papiniano soggiunge: *Ubi enim quis heredes instituit, & ita scribit: Eosque invicem substituo, hi substituti videbuntur, qui heredes extiterunt*, cioè coloro, che coll' adizione anno per sè stessi acquistata l' eredità ad esclusion de' loro eredi, che pretenderebbono di rappresentare le loro ragioni. Tanto vale quell' *extiterunt*. Così la Glossa: *Qui extiterunt mihi heredes nullo mediante; illi enim, qui per se heredes mihi*

(a) *Consult.* 15.
(b) *L. qui plures* 23. *de vulg.*

bi extiterunt, *soli videntur substituti*. Non altrimente il Cujacio (*a*) : *Respondet Papinianus*, *ad solos heredes superstites pertinere*, *qui directo & principaliter testatori heredes extiterunt*, *non etiam ad heredem*, *qui non principaliter*, *sed per successionem testatori heres extitit*.

Lo stesso insegna il giurisconsulto Paolo (*b*) : *Paulus respondit*, *si omnes instituti heredes*, *omnibus invicem substituti essent*, *ejus portionem*, *qui quibusdam defunctis postea portionem suam repudiavit*, *ad eum solum*, *qui eo tempore supervixit*, *ex substitutione pertinere*. Dicendo *ad eum solum* esclude chiaramente il concorso degli eredi di colui, che non aveva acquistata ancora l' eredità.

Molto più chiari sono i luoghi di Ulpiano, e di Marciano. Scrive Ulpiano (*c*) : *Si plures sint ita substituti : Quisquis mihi ex suprascriptis heres erit : deinde quidam ex illis, posteaquam heredes extiterint patri*, *obierunt* ; *soli superstites ex substitutione heredes existent pro rata partium*, *ex quibus instituti sint* : *nec quidquam valebit ex persona defunctorum*. Queste ultime parole : *Nec quidquam valebit ex PERSONA DEFUNCTORUM* escludon del tutto la rappresentazione della persona dell' erede scritto, e sustituito. L' escludono ancora queste altre dello stesso Ulpiano (*d*) : *Toties videtur heres institutus etiam in caussa substitutionis adisse*, *quoties adquirere sibi possit* : *nam si mortuus esset*, *ad heredem non transferret substitutionem*. E finalmente distinguendo tra 'l jus *adcrescendi*, e 'l jus della sustituzione l' esclude meglio, che altri, il giurisconsulto Marciano per le seguenti parole

(a) *Ad cit. L.* 23. *de vulg. tom.* 4. *edit. Neap. p...*
(b) *L. Lucius Titius* 45. §. 1. *ff. eod.*
(c) *L. sed si plures* 10. *ff. eod.*
(d) *L. toties* 81. *de adq. her.*

role (a): *Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint adire hereditatem, vel morte, vel qua alia ratione impediti fuerint, quominus adeant: reliquis, qui adierint, adcrescit illorum portio: & licet decesserint antequam adcresceret, hoc jus ad heredes eorum pertinet. Alia caussa est instituti heredis, & coheredi substituti; huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam, si decesserit, heredem ejus sequitur.* Il jus *adcrescendi*, tuttochè sia vacata la porzione dopo la morte del congiunto, passa al costui erede, presso cui è l'altra porzione, che aveva il congiunto acquistata, perchè 'l jus *adcrescendi* segue la cosa: al contrario il jus della sustituzione, morto il sustituto, al costui erede non passa, perchè la sola persona del sustituto riguarda fino a tanto che vive. Così sul luogo di Marciano il Bartolo: *Jus adcrescendi sequitur rem, & ideo ad heredes transit: jus substitutionis respicit personam, & ideo ad heredes non transmittitur.*

Poste coteste massime di dritto è chiaro, che non essendosi nel tempo della morte di D. Primo Antonio trovato vivo l'Avvocato D. Francesco Potenza, non possono i costui figli ed eredi concorrere col loro zio D. Pasquale. Se D. Pasquale fosse semplicemente congiunto, non già sustituto, potrebbe loro giovare il jus *adscrescendi* per la porzione, che dal padre a loro è passata; ma vien D. Pasquale per lo jus della sustituzione, al quale ciascun sa, che per Legge dee cedére il jus *adcrescendi*.

Secondo queste massime di Romana giurisprudenza si è sempre giudicato nel foro. Ha così deciso più volte il S. Consiglio appresso il Capece (b), il Sanfelice (c), e 'l de Marinis (d): così più volte la Ruota Romana: e tra 3

le

(a) *L. si ex pluribus 9. de suis, & legit.*
(b) *Decis.* 115.
(c) *Decis.* 278. (d) *Resolut. lib.* 2. *cap.* 223.

le molte *Decisioni*, che di questa rispettabilissima Ruota si potrebbono recare in mezzo, contentomi di recarne due sole, come quelle, che sono altamente commendate dal Reggente de Marinis (*a*), e dal Card. de Luca (*b*): e sono la 1281, e la 1479 *coram Seraphino*. Il caso di questa seconda è 'l seguente. Giacomo Santacroce scrisse eredi Silvio, Lucio, Pietro, e Marzio suoi figli, *eosque ad invicem substituit, quandocumque morerentur absque filiis legitimis, & naturalibus*. Egli è questa la stessa che la disposizione del nostro testatore. Morì senza figli Lucio *cujus portio devoluta est ad fratres supervìventes*. Morì poi Marzio lasciando di se due figli Giacomo, e Bartolomeo, *qui in portione successerunt paterna*, come sono nel caso nostro succeduti i figli dell' Avvocato D. Francesco. Morì finalmente Silvio *superstite Petro fratre, & Bartholomaeo nepote, quem heredem instituit*. Ecco nata tra Pietro, e Bartolomeo quella medesima lite, che pende oggi tra D. Pasquale, e i due figli del di lui defunto fratello. *Orta est controversia inter Petrum fratrem praetendentem, se esse praeferendum Bartholomaeo nepoti in portione Sylvii vigore paterni testamenti, ex adverso contendente Bartholomaeo, se una cum Petro patruo esse admittendum ad portionem Sylvii*. Ma decise la Ruota, *Bartholomaeum non concurrere in successione cum patruo*. Il caso di quella prima fu lo stesso, e lo stesso fu giudicato: e pure nell'uno e nell'altro caso concorreano due circostanze favorevoli a' nipoti, le quali nel nostro non sono, cioè, che i nipoti erano posti in condizione da un ascendente, e che soggiaceano i litiganti allo Statuto di Roma, secondo il quale i posti in condizione s'intendono dispositivamente chiamati. Ebbe la Ruota per vero, che

(a) *Resol. lib.* 2. *cap.* 223.
(b) *De fideicom. disc.* 21. & 226.

che giovavano cotefte circoftanze a' figli per rifpetto della fola porzione paterna, non per rifpetto delle porzioni degli altri fuftituti (*a*). A cotefte due *Decifioni* fi aggiunga ancora una terza della medefima Ruota (*b*), e quel, che in più *Difcorfi* ha fcritto dintorno a ciò l' accuratiffimo Card. de Luca (*c*); e più non fi dubiti della giuftizia del richiamo.

Or che oppone il fottil Difenfore de' figli di D. Francefco? Due obbjezioni e' fece in Ruota. Diffe in primo luogo, che le foprarrecate maffime legali poffono e debbono aver luogo, quando eftranei fono gli eredi de' fuftituti, non quando fono, come nel noftro cafo, difcendenti, a' quali trasmettefi per poteftà di Legge l' eredità, tuttochè non adita, maffimamente fe fieno fuoi eredi. Diffe in fecondo luogo, che quando poteffero le fuddette maffime eftenderfi ancora a' difcendenti, ed a' fuoi eredi, ceder dovrebbono nel cafo, in cui fiamo, alla chiara ed efpreffa volontà del teftatore, il quale, comechè per Legge non abbia luogo nelle fuftituzioni il jus della rapprefentazione, volle, che nella fuftituzione da lui ordinata doveffe aver luogo, dicendo: *Ma folamente poffano li figli rapprefentare la porzione del loro padre in ftirpes, & non in capita:* per le quali parole a' figli del defunto D. Francefco permettefi di concorrere rapprefentando il padre col loro zio D. Pafquale, come con coftui concorrerebbe, fe viveffe, il lor padre.

In quanto alla prima ho io per fermo, che fe 'l venerato Contraddittore nel caldo della difputa fe la fece in Ruota ufcir di bocca, ad animo ripofato non fe

 la

(a) *V. d. Decif.* 1281. *n.* 3., *& d. Decif.* 1479. *n.* 1. *&* 6.

(b) *Recent. p.* 9. *tom.* 1. *decif.* 241.

(c) *De fideicom. difc.* 21. *&* 226.

la farà cader dalla penna: tanto indegna è di lui. Il restringere i trascritti luoghi de' giurisconsulti Papiniano, Paolo, Ulpiano, e Marciano ai soli eredi estranei de' sustituti è far violenza alle loro parole. Parlano essi generalmente di qualunque erede, e non è verisimile, che, se avessero ammessa differenza tra gli eredi estranei, e i discendenti, non ne avrebbono fatto alcun motto. In fatti il S. C., e la Ruota Romana nelle soprallegate *Decisioni*, e'l Card. de Luca ne' citati *Discorsi* trattano il caso di discendenti reciprocamente sustituiti, e de' costoro figli posti in condizione: e pure alla porzione del sustituto premorto ammettono i soli sustituti superstiti esclusa qualunque rappresentazione. E non è tollerabile in alcun modo quel, che della trasmissione dal Contraddittor si soggiunse. Ad escludere la pretesa trasmissione basterebbe riflettere, che i quattro nipoti del testatore furono reciprocamente sustituiti co' proprj loro nomi, ed al contrario furono i figli posti in condizione col nome appellativo di figli. E' comun sentimento de' Dottori, che in tal caso non si dà trasmissione a benefizio de' posti a quel modo in condizione, perchè non si estenda il fedecommesso oltre le persone nominate. *Ex quo testator* (dice la Ruota nella citata *Decisione* 1479 (a)) *vocavit filios* (ch' erano in quel caso i sustituti) *nomine proprio*, *cessat transmissio*, *ne fideicommissum extendatur ultra personas nominatas*. Ma sieno pure posti in condizione i figli co' proprj loro nomi: qual pro, se mancano nel caso nostro i termini, ne' quali può farsi luogo alla trasmissione? *I trasmissarj* sono o *del suo erede*, o *Teodosiani*, o *Giustinianei*. *I trasmissarj del suo erede* sono gli eredi anche estranei del suo erede, che dopo la morte del testatore sia morto. Si trasmette loro

(a) *Num.* 9.

ro l'eredità del testatore, perchè si ha come acquistata per potestà di Legge dal suo erede. I *trasmissarj Teodosiani* sono i discendenti di coloro, che o suoi, od emancipati sieno stati scritti eredi dagli ascendenti paterni o materni non oltre il terzo grado. Si trasmette loro l'eredità del testatore anche come acquistata per una spezial Costituzione dell'Imp. Teodosio (a), onde furon detti *Teodosiani*. I *trasmissarj Giustinianei* sono gli eredi degli eredi, che dentro il tempo dato a deliberare, ma prima di deliberare, sono morti. Per una Costituzione dell'Imp. Giustiniano (b), onde acquistarono il nome di *Giustinianei*, si trasmette loro non la eredità, ma 'l solo jus di deliberare dentro il tempo, che resta. De' *trasmissarj* di questo terzo genere non è da parlare, come di quelli, a' quali non trasmettesi, secondochè si è detto, l'eredità, che nel caso nostro si pretende trasmessa a' figli di D. Francesco. Nè han che fare col nostro caso i *trasmissarj* del primo, e del secondo genere, perchè nell'uno, e nell'altro necessariamente è da supporre, che 'l testatore sia un ascendente, qual non fu D. Cesare Potenza. Oltracciò perchè possa farsi luogo a' *trasmissarj* di qualunque genere, è necessario, che si trasmetta cosa dal defunto, quando ancora vivea, legittimamente acquistata. Or l'Avvocato D. Francesco Potenza, tuttochè, morto appena il testatore, avesse dalla G. C. ottenuto il decreto di preambolo per rispetto della proprietà, nulla legittimamente acquistò da poter trasmettere a' figli. In due modi può 'l testatore lasciar l'usufrutto ad uno, e la proprietà di sua roba ad un altro. L'uno è, se lasci contemporaneamente ad uno l'usufrutto, ad un altro la proprietà: l'altro è, se lasci l'usu-

V 2 frut-

(a) *L. un. C. de his, qui ante apert. tab.*
(b) *L. quum in antiquioribus* 19. *C. de jure delib.*

frutto ad uno, e, dopo la costui morte, ad un altro la proprietà. Nel primo caso colui, al quale si lascia l' usufrutto, è meramente usufruttuario, ed è meramente proprietario colui, al quale si lascia la proprietà; e tutti e due, come coeredi puramente istituiti, acquistano legittimamente ad un tempo l' uno l' usufrutto, l' altro la proprietà: seguentemente può ad un tempo spedirsi a
10 benefizio di tutti e due il decreto di preambolo. Nel secondo caso l' usufruttuario è 'l solo erede *ex asse*, senza poter disporre della proprietà, e 'l proprietario tiene il luogo di fedecommessario, come colui, al quale, dopo la morte dell' erede instituito, si dee restituire l' eredità: conseguentemente non acquistando in quel tempo stesso, in cui acquista l' usufruttuario, nullamente s' interpone allora a di lui benefizio il decreto di preambolo per rispetto della proprietà: anzi non potendo acquistare prima della morte dell' usufruttuario, se mai avviene, che all' usufruttuario premuora, nulla trasmette agli eredi suoi. Il primo autore di cotesta bellissima dottrina fu 'l Baldo (*a*), che la trasse dal seno della Romana Giurispruden-
11 za. E' regola di Legge, che l' erede scritto in una sola parte dell' eredità, quando non abbia coerede, si ha co-
12 me scritto *ex asse* (*b*): or l' usufrutto è certamente una parte della eredità, nè colui, al quale si è lasciata la
13 proprietà dopo la morte dell' usufruttuario, può chiamarsi coerede, appunto perchè gli si è lasciata dopo la mor-
14 te dell' usufruttuario. Ignoti sono alla Legge due coeredi,
15 de' quali dee l' uno aspettar la morte dell' altro. Nè si dica, ch' essendo il proprietario scritto erede dopo la
16 morte dell' usufruttuario, si ha come l' erede scritto *ex* cer-

(a) *Ad L. id quod pauperibus num. 27. C. de Episc. & cleric.*

(b) *L. 1. §. si ex fundo 4. de hered. inst.*

certo tempore, seguentemente *perinde est ac si pure institutus est*, come parla Triboniano (*a*); poichè le parole, 17 *dopo la morte dell' usufruttuario* contengono tempo incerto, che vale per condizione, non potendosi sapere, se l' usufruttuario, o 'l proprietario sia per premorire. Perchè poi secondo la volontà del testatore dee l' usufruttuario adire l' eredità, e goderne per tutta sua vita, e dopo la costui morte dee passare al proprietario, necessariamente ne segue, avere il testatore voluto, che l' usufruttuario la restituisse dopo la morte al proprietario. Ha illustrata meglio, che altri, cotesta dottrina del Baldo il Peregrino (*b*): e come dottrina comunemente seguita ce l' han 18 proposta tra' nostri il Capecelatro, e lo Staibano. Costui scrive (*c*): *Nota unum valde singulare, quod si aliquis est relictus heres universalis in usufructu, & post ejus mortem fuerit institutus alter, tunc usufructuarius sua vita durante dicetur heres universalis etiam in proprietate, & post suam mortem censebitur rogatus restituere dictam hereditatem proprietario*. Scrive colui (*d*): *Et tandem fuit consideratum, quod in hoc casu fuit relicta uxor heres universalis in usufructu, & post ejus mortem fuerunt instituti consanguinei: quo casu usufructuariam esse heredem universalem etiam in proprietate, & post ejus mortem videri rogatam restituere hereditatem, habetur ex Baldo &c.* E pongasi mente alle parole *fuit consideratum*, le quali fanno, che l' autorità del Capecelatro debba valere per l' autorità non di un solo Dottore, ma del S. C. Ed o qual' altra conseguenza a danni de' figli di D. Francesco da cotesta dottrina si trae! Posseggono essi una parte della porzio-

(a) *Inst. de hered. inst. §. 9.*
(b) *De fideic. art. 5. n num. 21.*
(c) *Obs. ad resol. 122. num. 28.*
(d) *Decis. 102. num. ult.*

zione lasciata al Sacerdote D. Vito, ed intera possieggono la porzione lasciata al lor padre D. Francesco. Ma D. Vito, e D. Francesco, come premorti all'erede usufruttuario, nulla acquistarono, e tutto oggi spetta a D. Pasquale, che se ne riserba espressamente l'azione. Finalmente posto ancora, che potesse a' figli di D. Francesco convenire il nome di *trasmissarj*, osterebbe loro la massima nel foro ricevutissima, della quale ci assecura, tra gli altri, il Cancerio (a), che sono i *trasmissarj*, tuttochè del *suo erede*, esclusi dai sustituti.

19

Per quel che poi si appartiene all'altra obbjezione, secondo cui si sarebbono concorrere con D. Pasquale i figli di D. Francesco come rappresentanti quel diritto di sustituzione, che sarebbe spettato al lor padre, rispondo, che a ben intendere il senso delle parole, *Possano i figli rappresentare la porzione del loro padre in stirpes, & non in capita*, dalle quali si fa nascere l'obbjezione, è da por mente alle parole antecedenti, che ora per la seconda volta trascrivo. Il testatore, dopo di avere scritto erede l'Arciprete suo fratello, dice: *E seguita sua morte voglio, che in detta mia eredità vi debbano succedere pro aequali parte & portione li Signori D. Francesco, Sacerdote D. Primo Antonio, Sacerdote D. Vito, e D. Pasquale Potenza miei nipoti, figli del qu. Dottor D. Angelo Antonio Potenza altro germano fratello, ordinando espressamente una reciproca sustituzione frà detti miei nipoti, sicchè morendo ciascuno senza figli legittimi e naturali nella porzione del moriente debbano succedere gli altri superstiti*. E coteste parole ben ponderate ci somministrano sette argomenti della volontà del testatore espressamente contraria al preteso diritto di sustituzione. Ed ecco gli sottopongo io tutti e sette al S. Consiglio.

I. La

(a) *Var. resolut. p. 3. cap. 21. num. 32. & 33.*

I. La sustituzione *reciproca*, qual' è la sustituzione dal nostro testatore ordinata, è di sua natura tra i soli onorati, primachè la sustituzion si ordinasse, come quella, che dà all'uno sotto la tale, o tal condizione la porzione lasciata all'altro. In fatti il nostro testatore prima dice, *Voglio, che in detta mia eredità vi debbano succedere pro aequali parte & portione li Signori D. Francesco, Sacerdote D. Primo Antonio, Sacerdote D. Vito, e D. Pasquale Potenza*, e poi ordina tra essi la reciproca sustituzione. Ma i figli di D. Francesco non sono, prima di ordinarsi la sustituzione, onorati. Dunque non sono compresi nella sustituzione.

II. Dice il testatore: *Miei nipoti, figli del qu. Dott. D. Angelo Antonio Potenza altro mio germano fratello, ordinando espressamente una reciproca sustituzione fra detti miei nipoti*. Spiega il testatore le qualità, che debbono avere i chiamati da lui alla reciproca sustituzione, cioè, la qualità *di figli del qu. Dott. D. Angelo Antonio suo germano fratello*, e la qualità di *suoi nipoti*: indi colla clausola, *fra detti miei nipoti*, ch'è *ripetitiva* delle quattro persone sopranominate, le sole robe anno le suddette due qualità, ad esse sole restringe la sustituzione. Or come con D. Pasquale Potenza, figlio del qu. Dott. D. Angelo Antonio, e nipote del testatore, concorrer mai possono i figli di D. Francesco nè *nipoti* del testatore, nè *figli del qu. Dott. D. Angelo Antonio?* Che se per comun sentimento de' Dottori appresso il Mantica (a) nel dubbio non si estende il fedecommesso da persona a persona, nè meno per la verisimile mente del testatore, o per la identità della ragione, chi oserà di estenderlo, nel nostro caso, a' figli di D. Francesco, che non avendo le personali qualità dal testatore espressamente volute ne' sustituti, ven-

20

(a) *De conject. ult. vol. lib. 2. tit. 19. num. 8.*

vengono dal testatore espressamente esclusi?

III. Dice il testatore: *Morendo ciascuno senza figli legittimi e naturali nella porzione del moriente debbano succedere i superstiti*. Verificandosi la condizione chiama il testatore i *superstiti*. Questa parola si riferisce alle sole persone de' quattro nipoti nominatamente sustituiti:

21 nè può riferirsi a' loro figli. Così spiegò la parola *superstites* nella soprammentovata *Decisione* 1281 la Ruota Romana (*a*): così tra' nostri il Barbato (*b*): *Si fuerit dispositum per verba DICTOS, SUPRADICTOS, SUPERSTITES, quae faciunt de sui natura relationem ad personas, de quibus supra memineras:* e così l'aveano ne' trascritti luoghi spiegata i giurisconsulti Papiniano, ed Ulpiano (*c*).

IV. Aggiunge il testatore alla voce *superstiti* la voce *gli altri:* e vuole, che facendosi il caso della sustituzione *gli altri superstiti debbano succedere*. Or le parole *debbano succedere* sono parole dispositive, e come tali si debbono riferire a' soli nipoti, che soli sono in quel periodo dispositivamente chiamati, non a' loro figli, che sono semplicemente posti in condizione da un laterale: e la parola *gli altri*, come relativa, dee necessariamente designare persone già dispositivamente chiamate, quali sono i soli nipoti, giacchè de' figli de' nipoti, come dispositivamente chiamati, non erasi ancora parlato.

22 V. I quattro nipoti del testatore sono chiamati alla successione co' proprj loro nomi, e reciprocamente sustituiti colla clausola *fra detti miei nipoti:* e perchè questa non ad altre persone si può riferire, che alle persone nominate co' nomi proprj, s'intendono ancora co' proprj.

(a) *Num.* 1.
(b) *De fideicom. p.* 1. *cap.* 2. *num.* 3.
(c) *L.* 10 *&* 23 *de vulg.*

prj loro nomi sustituiti (a). Al contrario i loro figli si nominano col nome appellativo, nè poteano nominarsi altrimente, perchè nel tempo del testamento non erano ancora nati. Or per gravi argomenti, tratti da più luoghi de' Libri della Legge, da' Dottori comunemente s'insegna, che i nominati co' nomi proprj sono sempre da preferirsi a' nominati collettivamente, o co' nomi appellativi. Cosa è questa, di cui dice il Barbato non essere in alcun modo da dubitare (b): *Semper quod adest persona specialiter ac nomine proprio vocata, semper illa sola admittitur exclusis vocatis aut appellative, aut collective ea ratione, quia per nominationem videtur caeteris praedilecta*: & *DE HOC NON EST ALIQUO MODO HAESITANDUM*. 23

Quandochè poi si sono prima nominate persone co' proprj nomi, allora è molto più certo, che seguendo la voce *superstites*, questa ad esse sole si dee riferire. Fu questo uno de' principali motivi, in cui si appoggiò la sopraccitata *Decisione* 1281 della Ruota Romana, dove, dopo di essersi detto, che la sustituzione reciproca fatta a benefizio de' *superstiti*, qual è la nostra, non comprende i figli posti in condizione, soggiungesi (c): *Et eo magis haec opinio procedit, ex quo filii fuerunt nominatim instituti, filii vero eorum nominati sub nomine collectivo*: e ciò molto più è vero, quando i figli de' sustituti erano ignoti al testatore come non ancora nati nel tempo del testamento, perchè non par cosa verisimile, anzi par cosa contraria al senso comune, che i non ancora nati, e conseguentemente non noti nè di viso, nè di nome sieno contemplati e chiamati egualmente, che i noti, e i diletti. *Et isti* [così de' figli de' sustituti segue a dire 24

(a) *Barbat. in cit. cap. num.* 10., 11., 12., & 13.
(b) *Num.* 16.
(c) *Num.* 1.

la stessa Ruota (*a*)] *nondum erant nati, adeo ut sit inverisimile, quod censeantur vocati per dictionem SUPERSTITES.*

25 VI. Il sesto argomento è tratto *ab absurdo:* del qual genere di argomenti gran conto han sempre tenuto i Romani Giurisconsulti (*b*). Se i figli di D. Francesco potessero rappresentare il diritto della sustituzione, che spetterebbe al padre, esser dovrebbono di pari condizione con tutti gli altri sustituti, come di pari condizione con gli altri sarebbe il padre: nè questa proposizione si può negare. Ma se i figli di D. Francesco si ammettessero a rappresentare il diritto della sustituzione, sarebbe migliore la condizion loro, che la condizione degli altri sustituti. Ciascun degli altri sustituti, durante la sustituzione, non può disporre nè della propria porzione, nè della porzione acquistata per la morte di un altro sustituto, perchè questa, non men che quella, morendo lui senza figli, a' sustituti superstiti si appartiene. Al contrario potrebbono i figli di D. Francesco della porzion deferita loro per la morte di un sustituto, durante ancora la sustituzione, liberamente disporre, perchè la condizione, *morendo ciascuno senza figli legittimi e naturali*, è ristretta a' soli nipoti, i quali soli erano stati nominati, ed a' quali soli si riferisce la voce *cia-*

26 *scuno:* nè, trattandosi di condizione, ch'è di strettissima interpetrazione, si può fare estensione da persona a persona, tuttochè ci sia la identità della ragione. Quel, che al servo si dà, passa per potestà di Legge al padrone; onde tanto è dare all'uno, quanto all'altro: e pure il giurisconsulto Paolo, trattando il caso di chi per adem-

(a) *Num.* 2.

(b) *L. nam absurdum* 7. & *L. si patronus* 12. §. 5. *de bon. liber.*

adempire la condizione dee dare una qualche cosa od al servo, od al padrone, dice (a), che *non implet conditionem* chi, dovendo dare al servo, dia al padrone, o dovendo dare al padrone, dia al servo.

VII. *Ab absurdo* è tratto ancora il settimo, ed ultimo argomento. Il testatore dopo di aver chiamati i superstiti alla porzione del moriente senza figli, soggiunge: *Però i figli posti in condizione non s' intendano nè chiamati* (per espressa disposizione) *nè contemplati* (per congettura di volontà) *nè indotto fedecommesso*. Queste ultime parole ci fanno chiaramente conoscere, che com' esse, così le precedenti riguardano la porzione al loro padre lasciata, e già dal loro padre acquistata. Il testatore non volle lasciar luogo alla nota controversia, se i figli posti in condizione s' intendessero dispositivamente chiamati: conseguentemente ordinò, che niun diritto in virtù del suo testamento aver potessero sulle porzioni de' padri, onde ne potesser costoro liberamente disporre. Posto ciò ragiono così. Per le Leggi delle genti, e Romane molto maggior diritto ha l' uomo sulla roba del padre, che del patruo. Or se non volle il testatore, che in virtù del suo testamento avessero i figli di D. Francesco alcun diritto sulla porzione paterna; com' è da credere, che avesse dato loro diritto sulla porzione di un loro zio?

Ma 'l testatore vuole, che *possano li figli rappresentare la porzione del loro padre in stirpes*, & *non in capita*. E chi per le parole, *in stirpes*, & *non in capita* chiaramente non intende, potere i figli rappresentare il lor padre sulla porzione di un loro zio? Come figli, tenendo lo stesso grado nella porzione del proprio padre, succederebbono *in capita*, non *in stirpes*.

X 2 Rif-

(a) *L. qui heredi* 44. *pr.* & §. 3. *de cond.* & *dem.*

27 Rispondo, esser coteste parole da interpetrare in modo, che non ne segua contraddizione, od altra sconcezza: e questa è una delle principali regole di buona in-
28 terpetrazione, che 'l Mantica ci propone (a). Non presumono mai i Dottori, che uom muti parere ad un tratto, e contraddica a se medesimo. Ciò tanto è vero,
29 che se nel testamento si trovino ordinate due cose, l'una tanto all'altra contraria, che non possano per alcuna probabile interpetrazione ridursi a concordia, non si ha per ordinata nè l'una, nè l'altra. Così Celso (b): *Ubi pugnantia inter se in testamento juberentur, neutrum ratum est*. Or chi non vede, che se per le parole *in stirpes, & non in capita* si ammettesse il concorso de' figli di un sustituto co' sustituti superstiti, sarebbono esse irreconciliabilmente contrarie alle precedenti, secondochè si è provato? Ma prima di farmi ad interpetrare le opposte parole, voglio io dimostrare al mio Contraddittore, che per quelle stesse parole, ch' e' mi oppone, cotesto concorso si esclude. Non ne faccia le maraviglie: la cosa sta come io dico, e'l provo così. Non può cotesto concorso intendersi altrimente, che supponendosi morto senza figli un sustituto, che sia fratello per rispetto del sustituto superstite, e patruo per rispetto de' figli dell'altro sustituto premorto. Or la rappresentazione, che 'l nostro testatore permette a' figli del sustituto premorto, è nominatamente ristretta alla sola porzione del proprio lor padre. *Possano*, e' dice, *rappresentare la porzione del di loro padre*. Ed essendo così, come potrassi estendere alla porzione del patruo? La sustituzione dal testatore ordinata è una sustituzione *reciproca*, il cui effetto è, che ciascuno de' sustituti come ha diritto sulla porzione a lui pro-

(a) *De conject. ult. vol. lib. 3. tit. 7. per tot.*
(b) *L. ubi pugnantia* 188 *de reg. jur.*

propriamente lasciata, così l'abbia ancora sulle porzioni degli altri. Or se i figli in virtù di quella rappresentazione, che loro permette il testatore, diventassero sustituti, non si restringerebbe il lor diritto alla sola porzione del loro padre, ma non meno, che lo stesso padre, avrebbono ancora diritto sulle porzioni degli altri, diritto non dato loro dal testatore. La *porzione del padre*, secondo il proprio e nativo significato delle parole, è la porzione al padre lasciata nella divisione, che tra' quattro nipoti fece il testatore della sua eredità: nè perchè 'l padre potea sperare la porzione lasciata ad un altro nipote, potea questa chiamarsi *porzione del padre*. Avrebbe almeno dovuto dire il testatore nel numero del più, *le porzioni*, perchè sopra le porzioni di tutti e tre gli altri nipoti aveva il padre lo stesso diritto di mera speranza. Perchè i figli posti in condizione s' intendessero per rappresentazione sustituiti a' patrui, dir doveva il testatore, *Possano rappresentare il grado, o la persona del loro padre*, non già *la porzione*. Dunque nella sustituzione tra' nipoti ordinata compresi non sono i figli de' nipoti: ed oltre la porzione lasciata al padre non possono altro pretendere. E' vero, che i figli al padre succedono *in capita*, non, come ordina il testatore, *in stirpes*: ma fatto sta, che alla sola porzione del padre è ristretta la rappresentazione: e se difficilmente s' intende, come i figli succeder possano al padre *in stirpes*, molto più difficilmente s' intende, come la rappresentazione, nominatamente ristretta alla sola porzione del padre, si possa estendere alle porzioni de' patrui, e come possa la sola parola *in stirpes* tutte distruggere le tante contrarie cose, che ho io proposte ne' sette soprarrecati argomenti.

In vista di tante contraddizioni dee studiarsi il savio Giudice di trovare il caso, in cui si verifichino, senza sconcezza, le circostanze risultanti dalle parole del te-

testatore, cioè, che i figli del sustituto premorto non siano dispositivamente chiamati in concorso de' sustituti superstiti: che possano *rappresentare la porzione del loro padre*; e che la rappresentino *in stirpes*, e *non in capita*. Io mi lusingo di averlo trovato fingendo premorti all'Arciprete Potenza, erede usufruttuario, tutti i quattro nipoti del testatore reciprocamente sustituiti, e superstiti all'erede usufruttuario più figli di ciascun sustituto. Si verificherebbono, in tal caso, tutte le suddette circostanze. I figli de' sustituti non concorrerebbono co' sustituti superstiti: rappresenterebbono la porzione del loro padre, cioè la porzione al loro padre lasciata nel testamento, la quale, perchè i sustituti sono quattro, sarebbe la quarta; e la rappresenterebbono *in stirpes*, perchè, se a cagion di esempio, fossero tre, de' quali uno fosse nato da un sustituto, due da un altro, una quarta avrebbono cotesti due da dividersi tra di loro, un' altra ne avrebbe intera quell' uno. Si eviterebbono ancora tutte le sconcezze e le contraddizioni. Il testatore, ordinando la *reciproca*, chiama nominatamente i soli suoi quattro nipoti, e nè chiama, nè contempla i di loro figli: indi lo stesso testatore, volendo, che *possano i figli rappresentare la porzione del loro padre*, gli contempla e gli chiama. Questa contraddizione, distinguendosi i tempi, e i casi, del tutto si toglie. Non gli chiama, nè gli contempla nel concorso co' sustituti; ma, quando nel tempo della morte dell' erede usufruttuario non ci sieno sustituti, gli contempla allora e gli chiama alla porzione lasciata al di loro padre. Vuole il testatore, che i detti figli rappresentino la porzione del loro padre *in stirpes*, e *non in capita*, quandochè figli essendo non altrimente possono succedere al padre, che *in capita*. Questa sconcezza ancora con una distinzione si toglie. Succederebbono *in capita*, se succedessero nella porzione acquistata dal

dal padre, perchè succederebbono, in tal caso, al padre stesso, e gli succederebbon così, se morisse colui *ab intestato*: ma succedono essi all'erede usufruttuario, e perchè gli succedono per la porzion del padre, cioè per quella quota, ch' era stata al padre lasciata, debbono succedere *in stirpes*. Dunque con quattro diverse chiamate, delle quali la prima è pura, le altre tre sono condizionate, di sua roba dispone D. Cesare Potenza. Chiama in primo luogo il solo Arciprete suo fratello: chiama in secondo luogo i suoi nipoti, che soppravviveranno al detto Arciprete: chiama in terzo luogo ciascun nipote alla porzion di ciascuno; che morrà senza figli; e caso che non si faccia luogo alla chiamata de' nipoti, cioè, caso che non acquistino i nipoti le porzioni loro lasciate, chiama i costoro figli volendo, che rappresentino *in stirpes* la sola porzione lasciata nel testamento a loro padre.

E che al solo caso della premorienza de' quattro nipoti senza avere acquistate le porzioni lasciate loro nel testamento sia ristretta la chiamata de' figli, si conferma per tre riflessioni, due nascenti da due particelle del testamento, la terza dalla verisimile mente del testatore. La prima è questa. Vuole il testatore, secondochè già si è detto, che acquistata che abbia un nipote la sua porzione, non s'intenda *indotto fedecommesso* a benefizio de' proprj figli. Or se sulla porzione acquistata dal proprio padre non anno i figli alcun diritto, molto meno potranno averlo sulle porzioni acquistate da' patrui.

La seconda è questa. Dopo le parole, *Possano li figli rappresentare la porzione del di loro padre in stirpes, & non in capita*, seguono immediatamente queste altre: *Al quale oggetto proibisco espressamente l' alienazione di qualsivoglia capitale, ed effetti della mia eredità durante la speranza di detta reciproca, ancorchè tutti li viventi chiamati in detta reciproca consentissero all' alienazione*.

Poi-

Poichè dopo di essersi parlato de' figli, rappresentanti la porzione del loro padre, soggiungesi, *al quale oggetto*, è chiaro, che val tanto cotesta formola, quanto questa *a benefizio*, od' *in grazia de' quali*. Dunque a benefizio de' figli de' sustituti si fa dal testatore l' espresso divieto di qualunque alienazione, *ancorchè tutti li viventi chiamati in detta reciproca vi consentissero*. Dunque (di questa seconda conseguenza non si maravigli il mio Contradditore) compresi nella reciproca non sono, nè possono co' patrui, reciprocamente sustituiti, concorrere i figli: ed eccone la dimostrazione. Il divieto di alienare nol favore de' soli figli de' sustituti riguarda, ma 'l favore ancora di tutti i sustituti; anzi riguardar dovrebbe più 'l favore di questi, come dispositivamente chiamati co' nomi proprj, e come ben noti, e cari al testatore, che di quelli, che sono nominati col nome appellativo, ed erano al testatore del tutto ignoti. Perchè dunque fa il testatore quell' espresso divieto *ad oggetto*, vale a dire, in grazia de' soli figli? Non se ne può rendere altra ragione, che questa: perchè, premorendo all' erede usufruttuario tutti i sustituti, poteano i figli rappresentare la porzione del loro padre. Il testatore previde il caso, che, vivente l' erede usufruttuario, potessero i sustituti, transigendo con lui, sul loro jus eventuale, consentire, che si alienasse la roba: e questo il testatore non volle in grazia de' figli: e quà riguardano le parole, *durante la SPERANZA di detta reciproca*. Sino a tanto, che durava la *speranza*, cioè 'l jus eventuale de' sustituti, era da temere, che costoro, transigendo coll' erede usufruttuario, non recassero pregiudizio a' figli; ma, premorendo all' erede usufruttuario tutti i sustituti, e mancando così la *speranza* della sustituzione, cotesto timore cessava del tutto, salva restando a' figli la porzione del loro padre. Ma per questa stessa seconda particella del testamento si co-

nosce anche meglio, che sono i figli cosa del tutto diversa da' quattro nipoti reciprocamente sustituiti. Vuole il testatore, che in grazia de' figli consentir non possano all' alienazione *i chiamati in detta reciproca*. E chi non vede, che 'l testatore, parlando così, separa i figli da' *chiamati nella reciproca?* Il divieto fassi a' *chiamati nella reciproca:* il fine, e l'effetto del divieto è l'utilità de' figli. Dunque sono gli uni cosa diversa dagli altri. Si aggiunge, che 'l testatore dice *tutti i chiamati*, e vuole, che 'l consenso di *tutti* non noccia a' figli. Or se i figli fosser compresi nella reciproca, sarebbono anch' essi ne' *tutti*, ed, in tal caso, ridicola sarebbe la disposizione del testatore, perchè, non ostante il divieto, che sarebbe, in tal caso, un *precetto nudo*, da non doverseне tenere alcun conto (*a*), nuocerebbe a' figli il proprio consenso. 30

La terza riflessione è questa. Non mi si negherà, che siamo nel caso di un testamento di dubbia interpetrazione. Or nel dubbio abbiam noi da tener la regola dataci dal giurisconsulto Marcello (*b*): *Quum in testamento ambigue, aut perperam scriptum est: benigne interpretari, & secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est.* La regola poi da conoscere quel, che verisimilmente abbia avuto nell' animo il testatore, è questa, che ci danno comunemente i Dottori, e nominatamente il Mantica (*c*): *Conjectura mentis testatoris ex affectione, & consanguinitate maxime colligitur*. E' dunque nel dubbio da preferire quella interpetrazione, secondo cui meglio si serbino i gradi dell' amore, e della consanguinità. Doveva il testatore più, che i nipoti, amare il suo fratel germano, come suo più stretto congiunto; e 31 32

 men,

(a) *L. filiusfamilias* 114. §. *Divi* 14. *de legat.* 1.
(b) *L. quum in testamento* 24. *de reb. dub.*
(c) *De conject. ult. vol. lib.* 6. *tit.* 11. *num.* 2.

men, che i nipoti, i costoro figli più lontani di grado, ed ignoti, come non ancora nati nel tempo del testamento. Secondo cotesti gradi di amore, e di consanguinità avrebbe (posta la mia interpetrazione) di sua roba disposto il nostro testatore. Perchè sopra tutti amava il suo fratel germano, lui scrisse erede *ex asse*. Perchè considerò, che, come Prete, aver non potea discendenza, a lui, quando fosse morto, sustituì quattro comuni nipoti, che, tolto lui di mezzo, amava sopra ogni altro: e perchè poteva accadere, che i nipoti, premorendo all' erede, non acquistassero le porzioni, che dopo la costui morte avea loro lasciate, volle, che se nel tempo della morte dell'erede vi fossero soli figli de' nipoti premorti, rappresentassero essi la sola porzione non acquistata dal padre, e la rappresentassero *in stirpes*.

Io non oso di affermare con sicurezza, che la disposizion testamentaria di D. Cesare Potenza sia quella, che ho io proposta. Dico bene, e con sicurezza il dico, che la disposizione da me proposta si appoggia tutta nelle parole del testamento, e nella verisimile mente del testatore; e che si evitan per essa le contraddizioni, e le sconcezze, le quali non si eviterebbono altrimente.

Di Casa nel dì 24 del mese di Maggio, dell'anno 1771.

Ris-

Risposta alla II Scrittura data fuori pe' figli di D. Francesco Potenza.

CHi vuol vedere quanto possa ancora ne' più dotti Avvocati la passion della causa, legga la seconda *Scrittura* data fuori *pe' figli di D. Francesco Potenza*. Dell' Autore di essa a gran ragione si gloria il foro Napoletano. Chi è più di lui versato nello studio delle Leggi? E pure la passion della causa gli ha fatto scriver cose poco degne di lui. Forse inganna anche me la passion del cliente, e forse inganna più me, che lui. Non perciò debbo io rimanermi di notare nella di lui *Scrittura* quel, che mi pare, che mal si confaccia a' principj della buona Giurisprudenza. Giudice non appassionato sarà di noi due il S. Consiglio.

Nella mia *Scrittura* del dì 24 del mese di Maggio del discorrente anno 1771 aveva io scritto, che avendo il testatore instituito erede il fratello nell' usufrutto, e dopo la costui morte i nipoti nella proprietà, il fratello per potestà di Legge era erede nell' usufrutto, e nella proprietà: che i nipoti, prima della di lui morte, non acquistavan diritto sulle porzioni loro lasciate; e che, a lui premorendo, nulla trasmetteano a' loro eredi. Il dottissimo Contraddittore dà per vera la massima legale; ma scrive a carte v, che *io ben so, che non si va alla eredità da chi andarci non vuole*: e quinci deduce, che *se l'Arciprete non volle dichiararsi erede proprietario, e di più permise, che i nipoti acquistassero la proprietà, noi certamente dobbiamo dire, che l'Arciprete il solo usufrutto ne acquistasse, e la proprietà ne acquistassero i suoi nipoti, anche perchè* in judicio contrahitur: *ed in oltre avendo tacitamente l'Arciprete rinunziato alla proprietà, que-*

sta fu al sicuro da' sustituti ad essolui acquistata.

So ben io, *che non si va alla eredità da chi andarci non vuole;* ma non è questo quel solo, che io so dintorno a cotesto punto. So ancora, che quando uom vuole *andare alla eredità*, è forza, che ci vada come vuole la Legge, non com' e' vuole. Se ci va, com' e' vuole, non l'acquista come intende egli di acquistarla, ma come gliela fa per forza acquistare la Legge. *Si solus heres ex pluribus partibus fuero institutus* [sono parole del giurisconsulto Paolo (a)]: *unam partem omittere non possum*. Ponga mente il dottissimo Contraddittore a quel *non possum*, e confesserà, che non potea l'Arciprete, tuttochè 'l volesse, separare la proprietà dall'usufrutto, ed acquistar questo, non quella.

Ma la separò (forse e' dirà) lo stesso testatore ordinando, che l'Arciprete fosse *semplice usufruttuario sua vita durante tantum*.

35 Nol potea, rispondo io. Se uno è scritto erede *excepto fundo*, come nel nostro caso fu scritto erede l'Arciprete *excepta proprietate*, dice Licinio Rufino (b), che per Legge si ha come scritto *sine ea re*, cioè senza quella eccezione.

Ma ciò avviene (forse ancora dirà) perchè morrebbe il testatore per una parte con testamento, per un' altra *ab intestato*: la quale sconcezza non è nel nostro caso, in cui acquistasi la proprietà da' nipoti, i quali, non men, che l'Arciprete, succedono *ex testamento*.

36 Gli risponda il sopraccitato Paolo, che soggiunge, *Nec interest, in quibusdam habeam substitutum, nec ne*. Ometter non posso una parte della eredità, tuttochè la parte, che ometto, vada al mio sustituto, il quale succe-

(a) *L. si solus 80. de adq. her.*
(b) *L. si ita 74. de her. inst.*

cede, com' io, *ex testamento*. Non posso non acquistarla: me la fa la Legge acquistare: quella Legge, che m' impon l'obbligo o di ometter tutto, o di acquistar tutto: e comecchè negli atti, che la Legge permette al privato arbitrio dell' uomo, aver possa luogo quel comun detto, *In judicio contrahitur*, non ha certamente luogo in quegli atti, cui ha data una certa e determinata forma la Legge, qual'è l' acquisto della eredità. Quandochè si sia, giusta il prescritto delle Leggi, acquistata, allora si può vendere, o donare ad altrui: se non che nè men quando l'erede la vende, o la dona, della qualità ereditaria si spoglia (a). Nè di *tacita rinunzia* si può parlare, giacchè le Leggi, e i Dottori non vogliono, che si presuma la donazione (b): anzi presumon piuttosto l' *errore nel proprio fatto*, e la *fatuità* (c). 37 38

Aveva io, per l' autorità del Cujacio, scritto, che nelle sustituzioni, le quali sono successioni testamentarie, non ha luogo il jus della rappresentazione. Il dottissimo Contraddittore scrive, che'l Cujacio *scripsit sibi, & doctis tantum*, come di lui disse già lo Scaligero: spiega poi cotesta sua proposizione soggiungendo, ch' e' *ragionò giusta il dritto civile, secondo il quale non può sicuramente dirsi, che rappresentando si possa succedere per testamento; ma che per lo dritto delle Costituzioni de' Principi* (cioè della Costituzione di Teodosio, e di Giustiniano, ch' e' cita più giù) *possa andarsi rappresentando all' eredità testamentarie, si fa chiaro nelle trasmissioni*. 39

Rispondo, che se nelle altre sue *Opere* scrisse il Cujacio *sibi & doctis tantum*, nelle *Consultazioni*, donde è trat- 40

(a) *L. ei qui* 88 *de her. inst.*, & *L.* 2. *C. de her. vend.*

(b) *L. quum de indebito* 25. *de probat.*

(c) *V. Sabell. v.* donatio *num.* 4.

tratta l'autorità, di cui erami io valuto, scrisse per lo foro, nel quale alle sottigliezze degli antichi Giurisconsulti Romani prevale la civile equità. Che se all'antico dritto civile esclusivo del jus della rappresentazione nelle sustituzioni fossero state contrarie le *Costituzioni de' Principi*, par verisimile, che 'l Cujacio o non le sapesse, o si potesse lusingare di vincer nel foro colle sottigliezze dell' antico jus civile abolite per le nuove Costituzioni degl' Imperadori? Non è verisimile di certo. E poi escluse il Cujacio nelle sustituzioni il jus della rappresentazione usando cotesto modo di dire, *Quis nescit?* Se quivi avesse scritto *sibi*, & *doctis tantum*, e se avesse opinato, che contrarie a quel jus, secondo cui e' difendeva il cliente, erano le novelle *Costituzioni de' Principi*; non avrebbe osato di dire, *E chi non sa, che nelle sustituzioni non ha luogo il jus della rappresentazione?* Gli si sarebbe levato contro un folto stuolo di forensi con in mano le nuove *Costituzioni de' Principi*, ed avrebbegli fatto conoscere, che se ignoto era loro il jus antico (la quale ignoranza è tollerabile nel foro) ignoto era a lui il jus nuovo, secondo cui assi a giudicare: la quale ignoranza non è tollerabile in alcun modo. Fatto sta, che coteste *Costituzioni de' Principi*, contrarie all'antico dritto civile esclusivo del jus della rappresentazione nelle sustituzioni, non ci sono mai state al mondo. Le Costituzioni di Teodosio, e di Giustiniano parlano di *trasmissione*, non di *rappresentazione*, e non è da confonder questa con quella, come fa'l venerato Contraddittore soggiungendo, *Ambedue i trasmissarj, il Giustinianeo, diciamo, ed il Teodosiano vanno all' eredità rappresentando*. Se ciò vero fosse, tre grandi sconcezze ne seguirebbono.

41 La prima è questa. Le Leggi Romane antiche, e nuove non in altra successione ammettono il jus della rappresentazione, che in quella, che si deferisce *ab intesta-*

to: e della succession *ab intestato* parlano quegli stessi Autori, ch'e' cita a carte VIII, IX, X, e XI. Al contrario l'Imperador Teodosio de' trasmissarj parla nella sola succession testamentaria, non già nella legittima; e l'Imp. Giustiniano nell'una e nell'altra (*a*). Or se i trasmissarj Teodosiano, e Giustinianeo *andassero all' eredità rappresentando*, estenderebbesi il jus della rappresentazione dalle successioni legittime alle testamentarie. E chi è, che abbia sinora opinato così? La seconda sconcezza è questa. Il jus della rappresentazione si dà per le antiche, e per le nuove Leggi nella linea retta a tutti i discendenti, e nella collaterale a' soli figli di fratelli (*b*). Al contrario il jus della trasmissione compete per la Costituzione di Teodosio a' soli discendenti di coloro, che siano stati scritti eredi dagli ascendenti paterni, o materni, non oltre il terzo grado (*c*): e per la Costituzione di Giustiniano compete al successore anche estraneo (*d*). Or se cotesti trasmissarj *andassero alla eredità rappresentando*, il jus della rappresentazione, per rispetto del Teodosiano, restringerebbesi a' soli discendenti: e, per rispetto del Giustinianeo, estenderebbesi oltra i figli de' fratelli, ed a qualunque estraneo erede. E chi è, cui ciò sia caduto, o possa cadere in mente? La terza sconcezza è questa. Il jus della rappresentazione per le antiche, e per le nuove Leggi compete solamente a' successori di coloro, in vita de' quali non erasi deferita ancora l' eredi-

42 43 44 45

(a) *L. un. C. de his, qui ante apert. tab. L. quum in antiquioribus 19. C. de jure delib.*

(b) *Inst. de hered. quae ab int. def. §. ult. & Nov. 118. cap. 1. & 3.*

(c) *L. un. C. de his, qui ante apert. tab.*

(d) *L. 19. C. de jure delib.*

dità (a). Al contrario il jus della trasmissione compete solamente a' successori di coloro, in vita de' quali erasi l' eredità deferita (b). Or se cotesti trasmissarj *andassero all' eredità rappresentando*, sarebbe da dire, che non erasi ai loro autori deferita l' eredità. E qual cosa è più contraria alla trasmissione, la quale necessariamente suppone un jus dal defunto acquistato? Dunque secondo le antiche, e le nuove Leggi Romane nè per trasmissione, nè per rappresentazione possono i figli di D. Francesco *andare alla eredità* del Sacerdote D. Primo Antonio, la quale, in virtù di reciproca sustituzione, che fa cessare e la rappresentazione, e la trasmissione, spetta intera a D. Pasquale Potenza.

Ma l' accortissimo Contraddittore, poco fidando nel jus, passa dal jus al fatto, e scrive a carte VI, VII, e VIII, che 'l testatore ben potea, *correggendo il fatto della Legge*, ammettere ancora nella sustituzione il jus della rappresentazione; e ch' espressamente l' ammise volendo, che *potessero li figli rappresentare la porzione del padre loro in stirpes, & non in capita*.

Io dell' avere il testatore potuto ammettere nella successione testamentaria il jus della rappresentazione non dubito, nè mai ho dubitato. Dico, che 'l nostro testatore nol volle: e nella mia I *Scrittura* lusingomi di averlo chiarissimamente dimostrato per sette argomenti. Ad uno di essi, ch' è 'l sesto, risponde il Contraddittore trascrivendo a carte XIII un' autorità del Mantica *LIB.* 8. (*delle congetture*, com' è da credere, *delle ultime volontà*) *tit.* 8. Ma avendo io letto ben due volte l' intero titolo 8, non ve l' ho trovata. Agli altri sei e' risponde sup-

(a). *Inst.* §. *6.* & *ult. eod.*, & *cit. Nov.* 118.

(b) *L. un. C. de his, qui ante apert. tab.*, & *L.* 19. *C. de jure delib.*

ſupponendo ſempre quel, ch' è in queſtione, cioè dicendo, che 'l teſtatore eſpreſſamente volle ammettere nella ſuſtituzione da lui ordinata il jus della rappreſentazione per le parole, *Poſſano li figli rappreſentare la porzione del loro padre in ſtirpes, & non in capita*. E pure queſte parole, più che qualunque altro luogo del teſtamento, provano, che 'l teſtatore nol volle. Mi riſponda di grazia il mio gentil Contraddittore. Degli Autori, che per farmi intendere, coſa ſia la rappreſentazione, e' cita in sì gran numero, che occupano quattro facce di ſua *Scrittura*, eccene alcuno, che parli di rappreſentazione di *porzione?* Nò, mi riſponde. Altri dicono, che per coteſta legal finzione occupano i figli il *luogo* del padre: altri, che ne rappreſentano la *perſona*. Or il *luogo*, e la *perſona* ſono coſe certamente individue: ſeguentemente debbono i figli per la rappreſentazione tutti acquiſtare i diritti del padre: e così ne laſciò ſcritto il Teſmaro da lui citato (a): *Filius ſuccedit in locum patris, gaudetque, & fruitur omnibus illis juribus, quae patri quondam competebant*. E che ci è tanto contrario all' individuo, quanto la *porzione?* Dunque il noſtro teſtatore, cui piacque di ammettere nella ſucceſſion teſtamentaria il jus della rappreſentazione, nol volle ammettere in tutta la ſua eſtenſione, qual è per Legge nella ſucceſſione *ab inteſtato*, ma 'l volle riſtretto alla ſola *porzione* laſciata al padre. Secondo l' idea della rappreſentazione, che ammette nel caſo noſtro il dottiſſimo Contraddittore, avrebbono diritto i figli di D. Franceſco ſopra tutta l' eredità, come ſopra tutta avealo il padre: ma oſta loro la voce *porzione* eſcluſiva del *tutto*, e loro oſta ſecondo il nativo e proprio ſignificato: e poſto ciò dee farſi luogo al-

47

Cirillo Tom. II. Z la

(a) *In Grot. de J. B. & P. lib. 2. cap. 7. §. 6.*

48 la regola del giurifconfulto Marcello (a) : *Non aliter a fignificatione verborum recedi oportet, quam quum manifeftum eft, aliud fenfiffe teftatorem*. Se 'l Contraddittore, sgombero della paffion della caufa, può francamente affermare, effer *manifefto*, che 'l noftro teftatore, non oftante che fi foffe valuto della voce *porzione*, volle, che i figli di D. Francefco tutti acquiftaffero per rapprefentazione i diritti del padre fopra tutta l'eredità, io per la reverenza, in cui l'ho, me gli do vinto. Ma fono più che ficuro, chè nello ftato ancora della paffion, che l' ingombra, nol potrebbe francamente affermare. Io poffo francamente affermare il contrario, anche perchè Dottor di Leggi era il teftatore, e come tale ignorar non dovea quel, che della rappresentazione ne' libri delle Civili Inftituzioni s' infegna, cioè, rapprefentarfi per effa il *luogo*, e la *perfona*, e confeguentemente tutti i dritti del defunto, non una fola *porzione* di quel *tutto*, che competere gli potea. Tanto erano nella legal materia della rapprefentazione dal comun ufo lontane le voci *luogo*, e *perfona*, che un Dottore de' più volgari le poteffe ignorare? Ed è o verifimile, che non fapeffe, acquiftarfi per la rapprefentazione tutti i diritti del defunto; o poffibile, che aveffe per una fteffa cofa la *porzione*, e 'l *tutto*? Nè quefto è poffibile, nè verifimile è quello. Dunque fe 'l teftatore diffe *porzione*, e non potea non intendere, che la porzione non era, nè poteva effere il *tutto*, troppo è chiaro, ch' e' non volle, che 'l jus della rapprefentazione fi eftendeffe oltre la porzione lafciata al padre. E pure contentomi io di dire, che la parola *porzione* renda dubbia la volontà del teftatore: e 'l dubbio bafta, perchè, fecondo la foprarrecata regola di Marcello, fi abbia a reftringere la rapprefentazione alla fola porzione a D.Fran-

(a) *L. non aliter 69. de leg. 3.*

D. Francesco lasciata: il dubbio basta, perchè nella porzione del Sacerdote D. Primo Antonio non abbiano a concorrere co' chiamati per nomi e cognomi i chiamati collettivamente, e per nomi appellativi, co' vicini i lontani, e co' noti gl' ignoti contra le altre regole di buona Giurisprudenza, che ho io nella mia I *Scrittura* allegate: e finalmente il dubbio basta, perchè la clausola *in stirpes, & non in capita*, ch'è'l solo fondamento della contraria pretensione, si abbia da riferire a quel caso, che attenendomi io alle parole del testamento, ed interpetrando per congetture tratte dal verisimile la volontà del testatore ho quivi proposto. Che se par troppo lontano il caso da me quivi proposto del premorire all'erede tutti e quattro i nipoti reciprocamente sustituiti, eccone un altro men lontano. Poteva avvenire, che premorissero all'erede, od al testatore istesso D. Francesco, e D. Pasquale Potenza, che soli de' quattro sustituti poteano tor moglie, e premorissero amendue con figli. L'esistenza de' figli avrebbe fatto cessare la sustituzione per rispetto delle due porzioni a' loro padri lasciate: ma queste non sarebbon per Legge spettate a' figli nè per trasmissione, perchè non vi aveano i loro padri acquistato su diritto alcuno, nè per rappresentazione, perchè questa non potea, nè può aver luogo nelle successioni *ex testamento*. Sarebbon dunque rimase libere appresso l'erede. Cotesto caso antivedendo il testatore diè a' figli il jus di *rappresentare la porzione del loro padre*, e di rappresentarla *in stirpes* in modo, che se dall'uno fosse nato un solo figlio, e più fossero nati dall'altro, tanto avesse un solo, quanto i più.

Di Casa il dì 25. del mese di Giugno
dell'anno 1771.

Per D. Giuseppe, D. Carlo, D. Marcangiolo, D. Salvadore, e D. Tommaso Jannelli contra D. Francescantonio, e D. Giuseppe di Tommaso.

ARGOMENTO.

I. Si spone, e si esamina la Novella CLIX dell'Imperador Giustiniano riguardante la restituzion de' Fedecommessi fino a certo grado.

II. Quando ne' fedecommessi abbiasi a serbar l'ordine della successione *ab intestato*.

III. Non trovandosi dal testatore principalmente invitata la discendenza, ma proibitasi semplicemente l'alienazione di sua roba, perchè si conservi nella discendenza de' chiamati; se 'l possessore, pervertendo l'ordine della successione *ab intestato*, possa trasferir la roba in qualcuno della discendenza, gratificando più uno, che un altro, non curando nè 'l numero delle persone dello stesso genere chiamato, che tengono il medesimo grado, nè 'l grado stesso.

IV. Si fa parola di quella sustituzion reciproca, che dicesi *tacita*, ovvero *virtuale* nascente da congetture, e da argomenti colla distinzione della reciproca *lineale*, e di quella nella stessa linea. E se la chiamata de' maschi discendenti da' femmine s' intenda ristretta a que', che siano *immediati*, o *mediati*.

SOMMARIO.

1 G*Eneralmente per lo divieto di alienare non è da estendere il fedecommesso oltre il quarto grado*. Ved. i num. seg.

2 *La*

2 *La Novella* CLIX *non è stata ricevuta in alcuni Principati di Europa, trà quali non v' ha il nostro Regno.*

3 *La regola generale accennata nel* num. 1. *si limita nel caso dove il testatore usi voci dinotanti* perpetuità, *od* infinità.

4 *Perchè facciasi luogo all' accennata eccezion di regola, non bastano le voci* perpetuità, *od* infinità, *od altre somiglianti; ma richiedesi una più chiara, ed espressa volontà del testatore.*

5 *Se la perpetuità del fedecommesso possa indursi per congetture probabili, e verisimili.*

6 *I testamenti si debbono interpetrare in modo, che niuna voce resti inutile, ed oziosa.*

7 *Sebbene per lo legato di quantità siano a benefizio del legatario ipotecati i beni del testatore; nondimeno non ci è ipoteca per lo legato di un annua quantità, che abbiasi a pagare da' frutti di un fondo. Di ciò se ne reca la ragione.*

8 *Le voci* famiglia, *e* discendenti *contengono* perpetuità, *ed* infinità.

9 *La voce* famiglia *contiene tutt' i discendenti, gli ascendenti, i laterali, e 'l genero, e la nuora.*

10 *Quando trovasi fatto il divieto di alienare* personale, *cui soggiunta siasi la causa finale, che generalmente, ed a perpetuo comprenda la famiglia, o la discendenza, sono da distinguere due casi, cioè: se 'l divieto siasi fatto a' discendenti del testatore, oppure a' discendenti di agnato. Nel primo il fedecommesso non si estende oltre il quarto grado: nel secondo non si estende oltre gli eredi dell' erede.*

11 *La suddetta Novella* CLIX, *a giudizio del Marta, è da intendersi del solo fedecommesso conservatorio, e non già del restitutorio in caso di morte.*

12 *Si censura il suddetto Marta, e si mostra, che detta*

No-

Novella è da intenderſi del conſervatorio, e del reſtitutorio fedecommeſſo.

13 *La* perpetuità, *od* infinità *del fedecommeſſo più facilmente preſumeſi ne' diſcendenti; men facilmente ſi preſume ne' laterali.*

14 *Dove il teſtatore preſcrive ordine ſucceſſivo, o vuole, che ſi ſerbi la prerogativa del grado, in tal caſo al fedecommeſſo ſuccedeſi, come ſi ſuccede* ab inteſtato.

15 *Quando il teſtatore principalmente invita al fedecommeſſo la* famiglia, *l'* agnazione, *o la* diſcendenza, *in queſto ſecondo caſo anche al fedecommeſſo ſuccedeſi come* ab inteſtato *ſi ſuccede.*

16 *Dove il teſtatore non principalmente invita la diſcendenza, ma ſemplicemente vieta a' chiamati l' alienazion di ſua roba, perchè rimanghi, e ſi conſervi nella diſcendenza de' chiamati, in tal caſo non è tenuto il poſſeſſore di ſerbar l' ordine della ſucceſſione* ab inteſtato; *e ben può trasferir la roba in qualcuno della diſcendenza, non curando nè 'l numero delle perſone, che tengono il medeſimo grado, nè 'l grado ſteſſo.*

17 *Si accenna l' opinione di alcuni Dottori, i quali han preteſo, che trasferita la roba nel più rimoto, l' alienazione ſi ſoſtenga durante la vita dell' alienante, morto il quale ha diritto il men rimoto di avocarla. Queſta opinione s' impugna.*

18 *Il chiamato al fedecommeſſo non alienando la roba vietata di alienarſi: od alienandola fuori della famiglia, allora tutti ſono ammeſſi ſervata la prerogativa del grado.*

19 *Può il poſſeſſore trasferir la roba in uno de' diſcendenti, ma dee alla femmina preferire il maſchio: e non trasferendola; o trasferendola fuori della diſcendenza, ſuccederanno allora i diſcendenti ſecondo le regole della ſucceſſione* ab inteſtato *colla prelazione de' maſchi; prelazione, che anche non ordinata, s' intenderebbe in virtù dello* Statuto.

20

20 *Dove espressamente siano chiamati i discendenti da' maschi, e dalle femmine colla prelazione del sesso maschile, tale prelazione debbesi anche attendere tra discendenti dalle femmine.*

21 *La sustituzion reciproca s' induce o per gli notissimi, ed espliciti requisiti della* L. Titia Sejo 87. §. Seja libertis 2. de leg. 2. (a), *oppure per quelle congetture, che si soglion trarre ad indurla, cioè o dal divieto delle detrazioni, o dalla contemplazion dell' agnazione, o dalle formole significanti* perpetuità, ed infinità.

22 *Quando il testatore chiama i discendenti da' suoi figli, allora non s' induce sustituzion reciproca lineale, o sia* de linea ad lineam. *Per l' opposto s' induce, se chiami i discendenti della propria sua persona. Si spiegano i due diversi effetti di questi due diversi casi.*

23 *Chiamandosi i maschi discendenti dalle femmine, se tal chiamata s' intenda ristretta a coloro, i quali siano* immediati, *o* mediati.

ALLEGAZIONE VIII.

SAlvadore Mancini nel suo testamento del dì 7. del mese di Luglio dell' anno 1547. scrisse eredi universali *filios masculos tam natos, quam nascituros* da Giacomo suo fratello, *& quemlibet eorum aequis portionibus* a condizione, che dessero perdono al suo nimico, che l' avea ferito a morte, *& etiam cum conditione, quod dicti heredes non possent vendere, nec alienare bona immobilia, nec etiam infrascripta adquirenda mediante implicatione duc.* 500., co' quali pretendesi, che si fosse acquista-

to

(a) *I requisiti di tale L. sono:* Che sieno tutti onorati: che la sustituzione sia fatta all' ultimo moriente: e che la stessa sia in tutta l' eredità.

to poi nel dì 2. del mese di Maggio dell' anno 1652. un molino detto *molino nuovo*, o *della noce*. Soggiunse il testatore la ragione del divieto, *quia volo, quod perveniant ad eorum descendentes de legitimo matrimonio procreandos, masculos, si aderint: sin minus, in feminas legitimas, & naturales, ut supra*. Tornando poi a' suddetti duc. 500. volle, che s' impiegassero *ad beneficium dictorum heredum in una proprietate idonea certa, & secura, quae tamen non possit vendi, nec alienari, sed remaneat, & perveniat, ut supra*.

La presente controversia riguarda il soprammentovato molino posseduto oggi da D. Giuseppe, D. Carlo, D. Marcangiolo, D. Salvadore, e D. Tommaso Jannelli miei clienti, i quali non si dubita, che discendano da Giacomo fratello del sedecommettente. Pretesero D. Francescantonio, e D. Giuseppe di Tommaso, discendenti anch' essi da Giacomo, che cotesto molino loro si appartenesse in virtù del suddetto fedecommesso in esclusione de' miei clienti: e'l S. C. nel dì 31. del mese di Maggio dell' anno 1760. dichiarò, che loro spettava co' frutti.

Contra cotesta sentenza si sono col debito ossequio prodotti da' miei clienti alcuni capi di *nullità*, cui ecco mi so io a difendere in questa breve Scrittura, che divido in tre Capi.

CAPO I.

Il fedecommesso instituito da Salvadore Mancini è da gran tempo estinto.

IN primo luogo contraria è la sentenza del S. C. alla *Novella* CLIX di Giustiniano. Ma prima di sporla è quì da sapere, che Berardina Mancini fece il primo acqui-

qui-

quisto del molino, di cui si disputa: e cotesta Berardina, come pronipote di Giacomo fratello del fedecommettente, dal fedecommettente distava cinque gradi. Posto ciò nella di lei persona era già per la sopraccitata *Novella* estinto il fedecommesso di Salvadore. Esaminò quivi l' Imperadore il testamento, e'l codicillo di un tale Ierio, il quale aveva instituiti nel testamento più fedecommessi, che non oltrepassavano il grado de' figli, ma ne avea nel codicillo istituito uno, che parea *perpetuo*, ed *infinito*. Eccone le parole (*a*): *Suburbium nepoti meo dari volo, nulla licentia eidem concedenda, aut iis, qui vel ex hoc meo, vel ejusdem nepotis testamento in eadem jura successerint, ut idem suburbium divendant, permutentve, aut alicui donent, aut quocumque titulo abalienent: propterea quod per omnia, & perpetuo velim permanere in mea familia, neque unquam de meo nomine egredi*. Parea, che non fosse da dubitare esser cotesto fedecommesso *perpetuo*, ed *infinito*. E pure giudicò l' Imperadore, che non era da estendere oltre il quarto grado: e prese quinci occasione di così stabilire per Legge da valere per lo tempo avvenire in tutti i casi simiglianti. *Atque haec*, e' dice (*b*), *non tantum praesentis caussae decisio est, sed & reliquarum, in quibus hujusmodi probibitione facta, tot* (cioè *quatuor*, secondochè prima (*c*) avea detto) *successiones praeterierint*: onde il Cujacio nel comento, che su vi fece, ci lasciò scritto: *Generaliter ex hac Novella constituendum est, probibita alienatione extra familiam, fideicommissariam substitutionem non extendi ultra quartum gradum*. So, che cotesta *Novella* non è stata ricevuta in alcuni Principati di Europa; ma so ancora, che tra

1

2

(a) *In praefat. cit. Nov. v. idipsum.*
(b) *In cit. Nov. cap. 3.*
(c) *In cit. Nov. cap. 2.*

essi non è 'l nostro Regno. E di fatto i nostri Scrittori, di sì fatti divieti parlando, insegnano, non esser da estendere oltre il quarto grado, e non altro luogo di Legge e' citano, che la *Novella* CLIX dell' Imp. Giustiniano. Vaglia per tutti l' accuratissimo Reggente de Marinis, che scrive (*a*): *Prima conclusio est, probibitionem de alienando extra familiam, quia vult testator in illa bona conservari, regulariter ultra quartam generationem non extendi*, e cita immediatamente la *Novella CLIX*, soggiungendo, *ut est textus in Authent. de restit. fideicom.* Quel *regulariter* ci fa conoscere esserci caso, in cui non ha luogo la *Novella*. E 'l caso è, quando usi il testatore voci denotanti *perpetuità*, od *infinità*. Piacemi di proporre cotesta eccezion di regola colle parole d' un' altro nostro più recente Scrittore, qual' è 'l Rodoerio (*b*): *Licet fideicommissi vinculum quoad alienandi prohibitionem non se extendat, nisi tantum usque ad quartum gradum, quamvis testator conservandorum bonorum in familia intentionem habuisset* (e cita anch' esso la medesima *Novella*, dicendo, *ad text. in Auth. de restitut. fideicomm.*) *tamen restringitur conclusio haec, si testator usus fuisset verbis importantibus infinitatem, & perpetuitatem, puta si dixisset, Volo quod bona mea in perpetuum in familia conserventur, quia tunc perperam vinculum hoc ad solum quartum gradum restringitur, ac ideo in infinitum durabit, & in infinitum cuncti descendentes gravati censebuntur, ne bona illa distrahant ad perpetuam eorum conservationem in familia*. Or chi è, che non vegga, che 'l caso nostro è 'l caso appunto della *Novella*? Nel codicillo di Ierio era scritto, *Velim, suburbium nunquam de meo nomine egredi*; e nel testamento di Salvadore Mancini, e propria-

men-

(a) *Lib.* 1. *Resol. resol.* 131. *n.* 7.

(b) *Ad de Marin. cit. cap.* 131. *n.* 13. & 14.

mente in quella parte, in cui si parla d' una *proprietà certa e sicura*, che dovea comperarsi co' duc. 500., è scritto, *Quae tamen non possit vendi, nec alienari*. Nel codicillo di Ierio era scritto: *Velim perpetuo permanere in mea familia:* e nel testamento del Mancini è scritto, *Sed remaneat, & perveniat ut supra*, cioè si conservi tra' discendenti di Giacomo, e loro pervenga. Anzi molto più, che non disse nel suo testamento il Mancini, avea detto Ierio nel suo codicillo. Ierio aveva usata la voce *NUNQUAM*, e la voce *PERPETUO*, voci dinotanti *perpetuità* ed *infinità*, cui non usò nel suo testamento il Mancini: onde ancor si conosce, che sebben vera sia l'eccezion della regola, nondimeno, ad ammettere l'eccezione, non basta la voce *perpetuo*, o *in perpetuum*, od altra simigliante: ed espressamente il notò lo stesso Reggente de Marinis (a) citando il Parisio, l' Alciati, il Mantica, e 'l Peregrino; ma richiedesi una più chiara, ed espressa volontà del testatore.

Quattro difficoltà son quì da sciorre. La prima è. Scrive il Mancini nel suo testamento: *Item ordino, quod ex redditibus molendinorum meorum dentur scuta decem omni anno uni Sacerdoti eligendo per heredes meos cum conditione, quod debeat celebrare omni die USQUE IN PERPETUUM missam unam: quae molendina, sive eorum redditus ex nunc obligo per speciale pignus tibi notario stipulanti nomine illius Sacerdotis . . . . . . & volo quod non possint ipsa molendina alienari in praejudicium ut supra.* Or ecco la clausola *usque in perpetuum*, la quale sebbene si adoperi dal testatore, dove parla del legato di scudi diece col peso della messa, nondimeno dovendosi cotesto legato sulle rendite de' molini, i quali erano una parte de' beni sottoposti al fedecommesso, ne segue, che

A a 2 co-

(a) *Loc. cit.*

come *perpetuo* ed *infinito* era il peso della messa, *perpetua* ancora, ed *infinita* esser dovea l' *inalienabilità* di essi molini; e seguentemente di tutto il fedecommesso. Così sarà vero quel comun detto de' nostri, che per una parte del testamento si spiega un' altra.

Rispondo, che si è già mostrato per l' autorità di gravissimi Dottori, anzi della medesima *Novella*, che per la voce *perpetuo*, o per altra simigliante non s' induce estension di fedecommesso oltre il quarto grado. Rispondo ancora, che la voce *in perpetuum*, usata dal testatore, riguarda la celebrazion della messa, non già 'l divieto di alienare: nè dal peso della messa *perpetuo* ed *infinito* deducesi, come vuol farci credere il Contradditore per un' autorità del Castillo (a), la *perpetuità* ed *infinità* del fedecommesso. E' questo nella causa presente un importantissimo punto: ed ho di buon luogo, che nella sola *perpetuità* di quel peso si appoggiò la sentenza del S. C. Or ecco le riflessioni, che dintorno a ciò mi è riuscito di fare. I. La *perpetuità* del peso, unita al divieto d' alienare, non è altro, che una semplice presunzione d' un perpetuo fedecommesso: e di fatto il medesimo Castillo dice, che per lo divieto d' alienare unito al peso d' un perpetuo anniversario *induci poterit*, cioè si potrà presumere un fedecommesso perpetuo: anzi lo stesso Castillo, il cui luogo non si è compiacciuto il Contradditore di trascrivere intero, dice: *Si praeter onus ipsum anniversarii adsint aliae conjecturae, quae verisimiliter praesumtam testatoris voluntatem ostendant, tunc ex dicto onere junctis aliis probabilibus, & verisimilibus conjecturis majoratus perpetui institutionem praesumi*. Debbono andare unite al peso perpetuo altre probabili e verisimili congetture per indurre non già 'l perpetuo fede-com-

(a) *Lib. 5. c. 93. §. 11. n. 16.*

commesso, ma una semplice presunzione d'un perpetuo fedecommesso. Che se la *perpetuità* unita non al fedecommesso, ma ad un peso del tutto estrinseco induce presunzione di fedecommesso perpetuo, molto meglio ne dovrà mostrare la *perpetuità*, quando sia unita al fedecommesso medesimo. Or nel codicillo di Ierio le clausole *perpetuo*, e *nec unquam*, vanno unite al medesimo fedecommesso: e pure il fedecommesso di Ierio, a giudizio dell' Imp. Giustiniano, non fu *perpetuo* ed *infinito* oltre la quarta generazione. II. Se dalla *perpetuità* di quel peso si potesse dedurre la *perpetuità* del fedecommesso, ne seguirebbe, che dovrebbe aver fine l'uno, quando avesse fine pur l'altro. Or secondo l'idea del Contraddittore il fedecommesso, istituito da Salvadore Mancini dee durar tanto, quanto la discendenza di Giacomo fratello del fedecommettente. Posto ciò fingo il caso, che i beni di Salvadore sieno già pervenuti all'ultimo della discendenza, e domando, se la *perpetuità* del fedecommesso nella persona di quell'ultimo abbia il suo fine. Mi dee rispondere di sì. Domando ancora, se colla *perpetuità* del fedecommesso abbia ancor fine la *perpetuità* della messa. Mi dee rispondere di nò. Dunque la *perpetuità* dell'uno non hà che fare colla *perpetuità* dell'altra: nè dal peso perpetuo della messa si può trarre pruova *presuntiva* di fedecommesso *perpetuo* ed *infinito*: altrimente ne nascerebbe uno de' due assurdi, o che 'l fedecommesso durasse anche dopo spenta la discendenza; o che 'l peso della messa avesse anzi tempo il suo fine. III. Ad evitare cotesti assurdi, sarebbe da dire, che 'l divieto d'alienare i molini; le cui rendite doveano soggiacere al peso perpetuo della messa, avesse *perpetuità* maggiore, che non aveva il divieto d'alienare gli altri beni del fedecommesso: ed essendo così, dalla *perpetuità* di quel peso nascer potrebbe presunzione per la *perpetuità*

di

di que' soli molini, non de' rimanenti beni. IV. E la cosa di certo sta così. Se, come crede il Contraddittore, avesse il testatore voluto, che 'l suo fedecommesso per rispetto di tutti i suoi beni fosse stato egualmente *perpetuo* ed *infinito*, del tutto inutili sarebbono state quelle parole, *Et volo, quod non possint ipsa molendina alienari in praejudicium, ut supra*. Se, giusta la mente del testatore, tutti i beni al fedecommesso soggetti erano *inalienabili* a perpetuo ed infinito anche dopo il quarto grado, ed oltre, qual' uopo ci era di prescrivere l'*inalienabilità* di que' corpi particolari, ch'erano una parte del fedecommesso? E' dottrina sicurissima, che si anno i testamenti da interpetrare in modo, che niuna voce: anzi nè meno una sillaba resti inutile, ed oziosa. Così per comun sentimento il Mantica (*a*). Ma come saranno da intendere le trascritte parole, perchè non restino oziose? Avea poco prima detto il testatore: *Quae molendina, sive eorum redditus obligo per speciale pignus tibi notario stipulanti nomine illius Sacerdotis*: indi nello stesso periodo, ed immediatamente soggiunse, *Et volo, quod non possint ipsa molendina alienari in praejudicium, ut supra*. L'osservarsi, che in un istesso periodo si parla dell' ipoteca speciale di que' molini, ed immediatamente del divieto dell'alienazione di essi, è grande argomento, che quel *non possint alienari* sia da intendere non del divieto d'alienare con qualunque modo d' alienazione, il qual divieto comprendea tutt'i beni, e que' molini ancora come parte del fedecommesso; ma d' un divieto d'alienare proprio di que' soli molini indipendentemente dal fedecommesso; il qual divieto, come una conseguenza di quella speziale perpetua ipoteca, cui gli aveva il testator sottoposti per la sicurezza della celebra-

zion

(a) *De conject. ult. vol. lib. 3. tit. 6. n. 1.*

zion della messa, comprender dovea la sola alienazione, che se ne volesse fare per una nuova ipoteca in pregiudizio dell'antica: onde avveniva, che infra 'l quarto grado que' molini, come parte del fedecommesso, non poteano nè vendersi, nè in qualunque altro modo alienarsi: oltre il quarto grado, a differenza degli altri beni, che diventavano del tutto liberi, e seguentemente alienabili in qualunque modo, non poteano nuovamente ipotecarsi in pregiudizio dell'antica ipoteca. Ciò si conferma pe' diversi modi di dire, che si veggono usati dal testatore. Il divieto riguardante tutt' i beni sottoposti a fedecommesso è espresso così: *Cum conditione quod dicti heredes non possint vendere, nec alienare*. Non è altrimente espresso il divieto riguardante la *proprietà certa* e *sicura*, che si sarebbe acquistata co' duc. 500, *Quae non possit vendi, nec alienari*. Ma 'l divieto riguardante i molini, spezialmente ipotecati per la celebrazion della messa, è solamente espresso per lo verbo *alienari*: e 'l verbo *vendi*, che ne' due precedenti divieti precede il verbo *alienari*, nell'ultimo divieto si omette, perchè si conosca la differenza tra i suddetti molini, e gli altri beni sottoposti al fedecommesso. Questi, estinto il fedecommesso, restavano liberi del tutto, ed *alienabili* ad arbitrio del possessore per qualunque titolo d'alienazione: quelli, anche dopo estinto il fedecommesso, restavano ipotecati per lo legato perpetuo della messa, e per conseguenza *inalienabili* a titolo di sola ipoteca in pregiudizio del suddetto legato, perchè non altra alienazione, che quella, la qual si facesse per una nuova ipoteca, render potea vana, o dubbiosa l'ordinata celebrazion della messa. Ma non si è scoverto ancora il principio legale, onde il buon giurisconsulto, con cui si riconsigliò Salvadore Mancini, è da credere, che si movesse a distendere la trascritta particella del testamento a quel

mo-

modo. Il legato di diece scudi per la celebrazion della messa è un annuo legato. Or è ben nota la dottrina degli antichi seguita dal Surdo (a), dal Graziano (b), e da parecchi altri, che sebbene per lo legato di quantità sieno ipotecati a benefizio del legatario i beni del testatore (c), nondimeno non ci è ipoteca per lo legato di un'annua quantità, che si abbia a pagare da' frutti d'un fondo, poichè avendo il testatore imposto il peso a' frutti, par che abbia voluto libero il fondo, ed obbligato al pagamento solamente colui, che avesse percepiti i frutti. Potea dunque avvenire, che, estinto dopo la quarta generazione il fedecommesso, s'ipotecassero que' molini a benefizio d'altrui, e che dal creditore ipotecario si escludesse il Sacerdote, che per la celebrazion della messa non aveva ipoteca: onde per provvedere alla sicurezza di quell'annuo legato fu savio il consiglio dato a Salvadore Mancini, che spezialmente ipotecasse que' corpi, dalle cui rendite erano da pagarsi i dieci scudi, e che per conseguenza di ciò ne vietasse in ogni futuro tempo l'alienazione, cioè la nuova ipoteca in pregiudizio dell' antica. E notisi quì, che in quelle parole del testamento, *Et volo, quod non possint ipsa molendina alienari*, degna d'un buono giurisconsulto è la voce *ipsa*, come quella, per cui ci si vuol far intendere, che per volontà del testatore (che che sia per Legge) sono i corpi istessi de' molini una volta, e per sempre ipotecati per la celebrazion della messa; e perciò non capaci di nuova ipoteca in pregiudizio dell'antica.

7.

La seconda difficoltà è questa. Salvadore Mancini al suo fedecommesso invitò i *discendenti*, la qual parola contiene *perpetuità* ed *infinità*.

Ris-

(a) *Decis.* 28. (b) *Discept. forens. cap.* 294. *num.* 8.
(c) *L.* 1. *C. comm. de leg.*

Rispondo, che anche nel testamento di Ierio era al fedecommesso invitata la *famiglia*, voce contenente *perpetuità* ed *infinità* non meno, che la voce *discendenti*; anzi più ampio è 'l significato della voce *famiglia*, che della voce *discendenti*, poichè questa comprende solamente coloro, che nelle Leggi Romane son detti *liberi*; (e lo stesso Contraddittore nol nega) ma quella, oltre i discendenti, che tutti comprende, comprende ancora gli ascendenti, e i laterali, e mancando costoro, eziandio il genero, e la nuora. *Decernimus* (dice l'Imp. Giustiniano (a) trattando di fedecommesso lasciato alla *famiglia*) *familiae nomen talem habere vigorem*, *parentes*, (ecco gli ascendenti) *& liberos*, (ecco i discendenti) *omnesque propinquos* (ecco i laterali) *per hanc appellationem significari* . . . *& non solum propinquos*, *sed etiam*, *his deficientibus*, *generum*, *& nurum*. Quinci prese il Peregrino giusto motivo di riprendere il Bartolo, che, chiamati i *discendenti*, avea per *perpetuo* ed *infinito* il fedecommesso, non già chiamata la *famiglia* (b): *Bartolus manifestam constituit differentiam*, *an testator usus sit nomine familiae*, *an nomine descendentium: quae tamen differentia non videtur accipienda*, *quia familiae nomen omnes cujuscumque gradus a primo originem ducentes continet* . . . *quinimo parentes*, *& liberos*, *uxorem*, *nurum*, *& libertos adeo ut amplior videatur ea significatio*.

La terza difficoltà nasce dalla *realità* del divieto d'alienare, la qual fa, che *perpetuo*, ed *infinito* sia il fedecommesso. Or cotesta realità si vuol raccorre da quelle parole: *Quae tamen proprietas non possit vendi nec alienari*: e sebben riferendosi esse alle parole precedenti, *Cum conditione quod dicti heredes mei non possint aliena-*

(a) *In L. ult. C. de verb. sign.*
(b) *De fideicomm. art. 30. n. 15.*

re, le quali contengono divieto *perſonale*, paja, che ſi dovrebbono intendere, come ſe ſi foſſe ſcritto, *Quae proprietas non poſſit alienari A DICTIS HEREDIBUS*, la qual giunta eſcluderebbe la *realità* del divieto; nondimeno dice il Contraddittore, che non oſtante quel *dicti heredes* induceſi la *realità* per la immediata eſpreſſione della cauſa finale, *Quia volo, quod mea bona perveniant ad eorum deſcendentes:* e cita più Dottori, e tra eſſi il noſtro Reggente de Marinis.

Ma riſponda lo ſteſſo de Marinis. Queſto giudizioſiſſimo Autore, proponendo appunto il noſtro caſo, cioè 10 il caſo, in cui, fatto il divieto *perſonale*, ſi ſoggiunga la cauſa finale, che generalmente, ed a perpetuo comprenda la famiglia, o la diſcendenza, diſtingue così. Se 'l divieto ſi è fatto a' diſcendenti del teſtatore, non ſi eſtende oltre il quarto grado: ſe 'l divieto ſi è fatto a' diſcendenti d'agnato, come nel caſo noſtro, non ſi eſtende oltre gli eredi dell'erede. Le parole del de Marinis ſono (a): *Si probibitioni perſonali adjecta ſit ratio generalis, nimirum quia volebat teſtator BONA PERPETUO IN FAMILIA CONSERVARI: & diſtinguendum eſt inter probibitionem factam filiis, & factam aliis agnatis, ut primo caſu ſi dixiſſet teſtator, mando ut bona mea filii mei alienare non poſſint, QUIA MEA VOLUNTAS EST, QUOD CONSERVENTUR IN PERPETUUM MEIS DESCENDENTIBUS, & tale fideicommiſſum uſque ad quartum gradum extendi poſſe exiſtimo juxta textum in d. Auth.* .... *ſecundo vero caſu extendi fideicommiſſum tantum ad heredes heredis, juxta dicta per Rom., ubi de communi*. Ma perchè cito io Dottori? Non ci è uopo della loro autorità, dove chiara ed eſpreſſa è la Legge. Nel ſuddetto fedecommeſſo di Ierio al divieto per-

(a) *In cit. cap.* 131. *num.* 11.

personale espresso per le parole, *Nulla licentia nepoti meo concedenda, aut iis, qui in eadem jura successerint, ut divendant, aut quocumque titulo abalienent*, si soggiunse immediatamente la causa finale, *propterea quod per omnia* & *PERPETUO* (formola, che manca nella causa finale espressa dal nostro testatore) *velim permanere in familia mea*, *NEQUE UNQUAM* (formola dinotante *infinità* di tempo, che manca ancora nel caso nostro) *de meo nomine egredi*: e pur volle Giustiniano, che non era il fedecommesso da estendere oltre il quarto grado.

11 L'ultima difficoltà è, Ci son Dottori, che insegnano esser da intendere la *Novella CLIX.* del solo fedecommesso *conservatorio*, non del fedecommesso *restitutorio* in caso di morte, qual'è 'l nostro. Nella contraria Scrittura si allega l'autorità del Marta, il quale non negando, che *permulti*, cioè la più gran parte degl'interpetri anno intesa la *Novella* anche del fedecommesso *restitutorio* in caso di morte, gli riprende dicendo, che coloro *textum legere omiserunt*.

12 Rispondo, che non ha egli il Marta letto bene il testo, nel quale del fedecommesso *restitutorio* espressamente si parla. Si è detto, che più fedecommessi Ierio instituì nel testamento, e nel codicillo. La differenza tra 'l fedecommesso del codicillo, e i fedecommessi del testamento è solamente in ciò posta, che questi non sono *perpetui*, ma *perpetuo* è quello. Del rimanente una è la natura di tutti, poichè anche in quelli del testamento, a'quali manca la *perpetuità*, si vieta a' chiamati, *ne e nomine* & *familia alienent*. Ma ne' medesimi si soggiunge, *Sed filiis, ac nepotibus relinquant* . . . . & *volo*, & *jubeo, ut qui orbus obierit*, *superstitibus*, *aut superstiti RESTITUAT*. Non pose dunque l'Imperadore differenza tra' fedecommessi *conservatorj*, e *restitutorj*. Ma quali maraviglie non farà del suo Marta l'ingenuo Con-

 trad-

tradditore, se io gli mostro, che fu *restitutorio* in caso di morte il fedecommesso da Ierio instituito nel Codicillo, e dall' Imperadore ristretto dentro il quarto grado? Dopo di aver detto Ierio: *Suburbium per omnia, & perpetuo velim permanere in familia, neque unquam de meo nomine egredi*, immediatamente soggiunse: *Volo autem & jubeo, si quidem eveniat, ut nepos meus vel intra pubertatem, vel etiam post sine liberis moriatur, ut ejus suburbii possessio simul & proprietas perveniat, & deferatur, aut RESTITUATUR sub eadem conditione, ne unquam de familia mea, meoque nomine abalienetur*. Finalmente ci trae di qualunque dubbio il titolo della *Novella*, ch' è questo, *Ut restitutiones fideicommissi usque ad* (a) *quartum gradum consistant*.

13 Primachè questo I Capo si chiuda, ad escludere nel nostro testatore la volontà d' un *perpetuo* ed *infinito* fedecommesso giova, che quì si noti, che fu 'l fedecommesso instituito a favor de' laterali molto men diletti, che i proprj discendenti: e quella *perpetuità* ed *infinità*, che più facilmente presumesi ne' discendenti, men facilmente si presume ne' laterali. La cosa è da se stessa chiara a bastanza: e più chiara la rende l' ultimo luogo, che si è trascritto del Reggente de Marinis. Si aggiunge una gran circostanza di fatto. Scrisse eredi Salvadore Mancini i figli di suo fratello, ma volle, che avessero dato il perdono al suo nimico: indi soggiunse: *Ubi heredes mei noluerint facere dictam remissionem, eos privo bonis, & hereditate, & instituo heredem universalem Ecclesiam S. Mariae, in qua habitant Fratres S. Francisci de observantia*. Par questo un segno di grande amore verso la discendenza al fedecommesso invitata? No di certo. Se

(a) *Alcuni leggono* unum, *alcuni* quotum. *Si vegga il Cujacio lib.* 4. *Obs. c.* 38.

Se gli eredi non rimettono al nimico l'ingiuria, è giusto, che si tolga loro la roba. Essi contravvengono al precetto del testatore: ne portino essi la pena. Ma perchè torla ancora, e torla per sempre alla futura discendenza non rea d'alcun delitto? E perchè preferirle i Frati di S. Francesco? Si rifletta bene su questo punto, e si dica poi, che *perpetuo* ed *infinito* sia'l fedecommesso di Salvadore Mancini.

C A P O II.

Quandochè duri ancora il fedecommesso instituito da Salvadore Mancini, spetta di certo a' fratelli di Jannelli.

E' Uopo, che quì si sappia, come il molino, di cui si disputa, sia pervenuto a' miei clienti. L'acquistò, come si è detto, Berardina. Costei ne fece dono al Prete D. Giuseppe di Tommaso suo figlio, e costui, al Prete D. Luigi Nicola suo nipote, il quale finalmente ne dispose nel suo testamento a beneficio de' miei clienti: e non è da omettere, che quel molino per tutte coteste alienazioni non uscì mai della discendenza di Giacomo Mancini.

Ciò premesso si esamini la qualità del fedecommesso instituito da Salvadore. E' certo, che 'l fedecommettente non prescrisse *ordine successivo*, nè volle, che si serbasse *prerogativa di grado*, e non altra simigliante cosa ordinò. E' parimente certo, ch'e' lasciò l'eredità sua non alla discendenza, ma a' figli di suo fratello vietando loro l'alienazion de' suoi beni: recando poi la ragion del divieto fece menzione de' discendenti. Sono ora da distinguer tre casi. Il primo è, quando il testatore o prescri-

ſcrive *ordine ſucceſſivo*, o vuol che ſi ſerbi la *prerogativa del grado:* ed in queſto caſo non ſi dubita, che per eſpreſſa volontà del teſtatore al ſedecommeſſo ſuccedeſi, 15 come ſi ſuccede *ab inteſtato*. Il ſecondo caſo è, quando il teſtatore principalmente invita al ſedecommeſſo la famiglia, l'agnazione, la diſcendenza: ed in queſto caſo è da dire lo ſteſſo per quel luogo di Modeſtino (*a*): *In fideicommiſſo, quod familiae relinquitur* (notiſi, che nel caſo di Modeſtino principalmente ſi laſcia il ſedecommeſſo alla famiglia) *hi ad petitionem ejus admitti poſſunt, qui nominati ſunt: aut poſt eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint... & qui ex his PRIMO GRADU procreati* 16 *ſint*. Il terzo caſo è, quando non s'invita principalmente la diſcendenza; ma ſemplicemente vieta il teſtatore a'chiamati l'alienazione, perchè rimanga, e ſi conſervi la roba nella diſcendenza de'chiamati: ed in queſto caſo non è tenuto il gravato di ſerbar l'ordine della ſucceſſione *ab inteſtato*, e ben può trasferir la roba in ciaſcuno della diſcendenza, non curando nè'l numero delle perſone, che tengono il medeſimo grado, nè'l grado iſteſſo. Così'l Fuſario (*b*): *Quartus caſus eſt, quando teſtator prohibuit alienationem bonorum, ut in familia remaneant, vel ut bona conſerventur in agnatione, vel in deſcendentibus, vel ut relinquantur in familia, vel ne exeant extra familiam* (tutte coteſte formole tornano allo ſteſſo) *& tunc poteſt in quemlibet de familia fieri alienatio, vel etiam relinqui, & ſi eſſet remotior*. Non altrimente il più de'Dottori. Or queſto appunto è'l noſtro caſo. I donatarj, ſecondochè ſi è detto, erano della diſcendenza contemplata da Salvadore Mancini: e della me-

(a) *In L. omnia 32. alias L. quum ita §. in fideicommiſſo de leg. 2.*

(b) *De ſubſt. q. 380. num. 17.*

medesima discendenza sono i miei clienti.

Ma per la semplice autorità de' Dottori pretenderò io, che si dichiari nulla la sentenza del S. C.? No. Per chiare ed espresse disposizioni di Legge il pretendo. Scrive il giurisconsulto Valente (a): *Is, qui complures libertos relinquebat, tribus ex his fundum legaverat* (ecco lasciato principalmente il fondo a tre, come nel caso nostro a' figli di Giacomo si lasciò principalmente l' eredità) *& petierat, ut curarent, ne de nomine suo exiret*; (ecco contemplata nel divieto d' alienare la famiglia del testatore, alla quale i liberti si apparteneano, come nel nostro caso nel divieto d' alienare è contemplata la discendenza: e non è da dubitare, che le formole nel caso di Valente, e nel nostro suonan lo stesso. Tanto è ordinare, che *non esca* la roba della famiglia, quanto ordinare, che vi *pervenga*, o vi *rimanga*) *Quaerebat, ex tribus, qui primus moriebatur, utrum utrique, vel alteri ex his, qui sibi in legato conjuncti essent, relinquere partem suam deberet: an possit vel alii conliberto suo eam relinquere?* (Ecco il punto, che tratto. Le parole, *de nomine suo* valgon tanto, quanto le parole, *de sua familia*: onde tutta la famiglia era dal testator contemplata; seguentemente si dubitava, se potea la parte del fondo trasferirsi in uno della famiglia ad arbitrio del possessore) *Placuit*, (ecco la risposta del giurisconsulto Valente) *etsi voluntatis quaestio esset, satis illum facturum, etsi alii reliquisset*. E quì si osservi, che più dubbioso del nostro era il caso di Valente. Nel caso di Valente si erano dal testatore nominati tre liberti, e si erano ancora congiunti nel legato. Nel nostro è contemplata la discendenza, ma nè si nominano, nè si congiungono alcuni de' discendenti. E permise in quel caso Valente di trasferirsi la par-

(a) *In L. is qui 94. de leg. 3.*

parte del fondo in un *colliberto*, che non era del numero di que' tre. La ragion fu non altra, che l'esser colui *colliberto*, vale a dire, appartenente alla stessa famiglia; onde non usciva della famiglia la roba. Acconcissimo ancora è un luogo di Marciano (*a*), il quale, proposto il caso d'un padre, che, scritto erede il figlio, *fideicommisit*, *ne fundum alienaret*, *&* *ut in familia relinqueret*, insegnò (*b*), che potea trasferirlo anche in uno per la ragione, che *verum est*, *in familia reliquisse*, *licet uni reliquisset*. Questa medesima ragione fa, che si possa trasferir la roba in uno della famiglia, che sia più, che altri, rimoto: e chiaramente lo scrive Papiniano (*c*): *Si quum forte tres ex familia essent ejus, qui fideicommissum reliquit, eodem, vel dispari gradu: satis erit uni reliquisse, nam postquam paritum est voluntati, ceteri conditione de-*

17 *ficiunt*. So, che alcuni han preteso, che, trasferita la roba nel più rimoto, l'alienazion si sostiene durante la vita dell'alienante, morto il quale ha diritto il men rimoto di avocarla; ma so, ch'e' son pochi; so, che sono *Consulenti* (*d*); e son sicuro, che o veramente anno ignorato, od han voluto, per servire alla causa, ignorare il testo di Papiniano, il quale dicendo, che, trasferita la roba nel più rimoto, *paritum est voluntati testatoris*, conciosiachè sia colui nella famiglia; e soggiungendo, che, fatta una volta l'alienazione, *ceteri conditione deficiuntur*, esclude del tutto cotesta sconcissima opinione.

18 Non alienandosi poi la roba, od alienandosi fuori della famiglia, allora son tutti ammessi servata la prerogativa del grado: e nol tacque il sopraccitato Valente: *Quod si*

(a) *In L. filiusfam.* 114. §. *quum pater* 15. *de leg.* 1.
(b) *In* §. *sed si* 17.
(c) *In L. unum ex familia* 67. §. 2. *de leg.* 2.
(d) *V. Fusar. in cit. q.* 380. *n.* 21.

si nulli dedisset: occupantis, an omnium conlibertorum, & num eorum tantum, quibus pariter legatum esset, petitio fideicommissi esset, dubitabatur? & Julianus recte omnibus debere, putavit. Nè l' aver detto il testatore, *descendentes masculos, si aderunt: sin minus, in feminas*, muta l' indole del fedecommesso. Può 'l possessore trasferir la roba in uno de' discendenti, ma dee preferire il maschio alla femmina: e non trasferendola, o trasferendola fuori della discendenza, succederanno allora i discendenti secondo le regole della successione *ab intestato* colla prelazion de' maschi: prelazione, che, anche non ordinata, s' intenderebbe in virtù dello *Statuto*. Nel caso nostro i donatarj furon maschi, e maschi sono i miei clienti, e tutti della discendenza. 19

Ma ciò si è detto senza che uopo ce ne fosse. I maschi furono da Salvadore preferiti alle femmine nella discendenza da' maschi, non nella discendenza dalle femmine, di cui ora si tratta, giacchè tutti discendono da Berardina. Scrisse eredi Salvadore i *figli maschi* di Giacomo; e volle, che la roba pervenisse *ad EORUM descendentes masculos, si aderint: sin minus in feminas*. Riferendosi la parola *eorum* a' figli maschi instituiti eredi, è chiaro, che i maschi, e le femmine discendenti esser doveano discendenti da' detti maschi, e tra essi era preferito il maschio alla femmina. Ma dopo di avere il testatore nominate le femmine, nulla disse de' loro discendenti: onde il volere ammettere il fedecommesso anche ne' discendenti dalle femmine, e 'l volerlo ammettere colla prelazione de' maschi, e lo stesso, ch' estenderlo da persona a persona, e dal caso espresso al tacito: il che regolarmente non si permette, essendo i fedecommessi (giusta 'l comun detto de' nostri) *materia odiosa*: e dove poi manchino, come mancano nel caso nostro, formole e congetture di *perpetuità* e d' *infinità*, non si può per-

mettere il alcun modo. E in vano allega il Contrad-
20 dittore la seguente autorità del Peregrino (a): *Saepe evenit, testatores in suis fideicommissis vocare masculos, & feminas, & descendentes ab illis, praeponendo semper masculos feminis: unde oritur quandoque quaestio, quid si per extinctionem lineae masculinae femina successerit, ex qua extat masculus, & femina? Hoc casu ex voluntate testatoris manifestum est, masculum praeferri feminae, quia id aperte est ex voluntate testatoris, cui serviendum est*. L'allega, torno a dire, in vano, anzi con danno, perchè gli nuoce anzi che gli giova. Il Peregrino parla del caso, che abbia il testatore chiamato *masculos, & feminas, & descendentes AB ILLIS*, cioè da' maschi, e dalle femmine. Ma chiamò Salvadore Mancini i discendenti da' figli maschi di Giacomo, non i discendenti dalle femmine: tanto è lontano che avesse nella discendenza *femminina* preferire alle femmine i maschi. E se chiamati espressamente i discendenti da' maschi, e dalle femmine colla prelazione del sesso migliore, non è egli certo, che tra' discendenti dalla femmina la suddetta prelazione ci sia, onde dice il Peregrino, *oritur quaestio*; come si ammetterà nella discendenza dalla femmina nel caso, in cui essa discendenza non è chiamata?

CA-

(a) *De fideicomm. art. 27. num. 1.*

CAPO III.

Quandochè duri ancora nel molino nuovo il fedecommesso instituito da Salvadore Mancini, picciolissima parte ne spetterebbe a D. Francescantonio, e a D.Giuseppe di Tommaso.

Le femmine, in cui si estinse la discendenza maschile di Giacomo, furono Berardina figlia di Salvadore il giovane, dalla quale discendono i miei clienti, e i loro avversarj, e Giovanna, e Rosa Mancini, figlie di Nunzio fratello di Salvadore, le quali morirono senza figli. De' ducati 500 dovuti al testatore da' Pedicini nulla poteano pretendere Salvadore, e Nunzio, perchè così essi, come i loro padri gli aveano riscossi. Ma perchè non aveano i debitori pagato colle debite cautele quel danaro soggetto a fedecommesso, ed erasi questo già consumato, ricorsero contr' a' Pedicini le tre sorelle, e fu loro prestata l' assistenza sopra certi molini, tra' quali era il molino *nuovo*. Fattosene l' apprezzo fu venduto *ad estinto di candela*, e liberato ad Antonio Rascaglia per duc. 300, quanti ne aveva offerti *per persona nominanda*, la qual fu poi Berardina, a cui finalmente donarono le loro porzioni Giovanna, e Rosa. Posto ciò si osservi, che 'l fedecommesso instituito da Salvadore, quando pur sia *discensivo*, certamente non è *reciproco*. Sustituzion *reciproca* espressa non ci è nè tra' figli maschi di Giacomo, de' quali nel testamento si dice: *Instituo filios masculos Jacobi, & quemlibet eorum aequis portioni-*

bus, nè tra' discendenti ulteriori, de' quali si dice: *Volo*,
21 *quod bona perveniant ad eorum descendentes*. E in van si ricorre alle congetture, onde s'induce talvolta la *reciproca* sustituzione. Mancano nel caso nostro i notissimi requisiti della *L. Titia Sejo §. Seja libertis de leg. 2.*, e mancano ancora tutte le altre congetture, che si soglion trarre ad indurla o dal divieto delle detrazioni, o dalla contemplazion dell'agnazione, o dalle formole significan-
22 ti *perpetuità* ed *infinità*: anzi nel caso nostro sebbene avesse il testatore usate le clausole *in perpetuum*, *&* *in infinitum*, pure, avendo voluto, che i beni lasciati a' figli maschi di Giacomo pervenissero *ad eorum descendentes*, cioè de' suddetti figli maschi, mostra chiaramente di aver considerate *singulas lineas*, come il Fusario scrive (*a*): e di aver voluta quella *perpetuità*, e quella *infinità* in ciascuna discendenza di ciascuno di essi; onde segue, che ciascuna discendenza è chiamata alla sola porzione del suo proprio ascendente in esclusione della *reciproca*, la quale potrebbe aver luogo, se Salvadore Mancini avesse voluto, che i beni pervenissero *ad descendentes ejus*, cioè di Giacomo; poichè, così dicendo, avrebbe considerato *non singulas lineas* de' figli di Giacomo, ma l'intera discendenza di esso Giacomo. E' questa una sentenza, cui non è oggi nel foro chi contraddica (*b*). Essendo così le porzioni di Giovanna, e di Rosa, le quali morirono senza figli, passarono libere a Berardina, e spettano intere a' miei clienti.

23 Per rispetto poi della porzion di Berardina, quandochè sia soggetta al fedecommesso, pur ne spettano cinque parti a' cinque miei clienti, e due sole agli avversarj. Tutti di-

(a) *In q. 475. num. 45.*

(b) *V. Mantic. de conject. ult. vol. lib. 7. tit. 5. n. 17.*, *&* *Fusar. in cit. q. n. 45. &* *per tot.*

discendono da Berardina, e son tutti in pari grado. Nè perchè gli avversarj discendono da' maschi discendenti da Berardina, son da preferire a' miei clienti nati da donna discendente da colei per un maschio. Nella causa del fedecommesso di Livio Pepe, difendendo io nella Ruota del Signor Marchese Fragianni il Conte di Surbo contr' al Duca di Castelpagano, molte cose scrissi per far valere cotesta prelazione: ma nocquemi allora un luogo del Card. de Luca (a), il quale mi dovrebbe questa volta giovare. *Cadit quaestio, an vocati censeantur solum illi masculi, qui immediate procreati sint ex feminis agnatis, vel per duplex medium femininum, ex altera scilicet femina procreata ex femina agnata; & sic successive. In hoc autem regula est pro omnibus masculis, spectato solo sexu, non curato medio, quamvis agnationis artificialiter per istos masculos renovandae ratio habita esset, ex ea clara ratione, quod sive unum, sive duo media feminina concurrant, semper sunt cognati, ac de extranea familia: . . . ideoque id nihil referre videtur.*

Ed abbia quì fine questa breve Scrittura, che in somme angustie di tempo mi è convenuto di fare.

Di Casa il dì 28. del mese di Maggio dell'anno 1762.

Se-

(a) *In sum. de fideicom. n. 263.*

Seconda Scrittura (*a*) per D. Pasquale, e D. Casimiro Morcone contra D. Teresa de' Conti.

A R G O M E N T O.

I. Trattasi di un fedecommesso, in cui più volte si fece menzione della famiglia, e si mostra, che tal fedecommesso non sia stato istituito in grazia della famiglia.

II. Proponesi la questione, se ne' fedecommessi successivi sieno da preferirsi i più prossimi al *gravante*, o i più prossimi al *gravato*.

III. Dove ne' fedecommessi successivi trovisi ordinato, che i maschi siano sempre alle donne preferiti, s' intendono i maschi preferiti o che sieno nella stessa linea, od in altra; ed o, che siano in ugual grado, o in più remoto.

S O M M A R I O.

1 L*A parola* famiglia *propriamente comprende gli agnati.*

2 *Le parole debbonsi impropriamente intendere, quando non possono altrimenti.*

3 *La parola* famiglia *comprende anche i cognati.* Ved. il num. 11.

4 *Trascrizione di un luogo di Giuseppe de Rosa, il quale, proposta la controversia, se ne' fedecommessi successi-* vi

---

(a) La prima Scrittura di questa causa non si è trovata presso gli eredi dell' Autore.

vi sieno da preferirsi i più prossimi al gravante, o i più prossimi al gravato, distingue tre diversi casi circa il regolare la prossimità suddetta.

5 *Si confuta l' accennato luogo del de Rosa.* Ved. i num. seg.

6 *L' ordine delle successioni esser dee costante e perpetuo, nè può variare altrimenti, che per Leggi espresse.*

7 *Quale sia stato l' ordine di successione* ab intestato *prescritto dalla Legge delle XII. Tavole. Perchè cotesi ordine variasse fu mestieri delle Costituzioni degl' Imperadori.*

8 *I diversi ordini di succedere* ab intestato, *che in diversi tempi ha avuti la Romana Giurisprudenza quali, e quanti sieno stati.*

9 L' *Editto del Pretore a solo titolo di prossimità deferì le successioni a' cognati.*

10 *Ai fedecommessi è invitato il più prossimo: è posto solamente nel dubbio come abbiasi a regolare la prossimità.*

11 *La presunta dilezione non basta ad indurre prelazione, se questa in qualche modo espressa non sia.*

12 *Ne' fedecommessi alla famiglia lasciati, perchè uno sia preferito ad un altro, di espressa e special prelazione è mestieri.*

13 *Ne' fedecommessi succedesi per linee, e per gradi, e secondo l' ordine della necessaria successione.*

14 *Qual sia l' oggetto per cui s' istituiscano i fedecommessi di semplice mascolinità.*

15 *Nella successione a' fedecommessi di mascolinità (secondo la comune opinione de' DD.) alle femmine sono preferiti i maschi, anche di altra linea.* Ved. il num. 17.

16 *La dizione* semper *comprende ogni tempo, ed ogni caso. Alcuni seguaci del Giasone credettero, che non comprendesse ogni caso.* Ved. il num. 18.

17 Do-

17 *Dove ne' fedecommessi successivi ordina il testatore, che i maschi si preferiscano* sempre *alle donne, s' intendono i maschi preferiti o che siano nella medesima linea, od in altra; ed o, che sieno in ugual grado, o in più remoto.*

19 *Se alla dizione* semper *si unisce la seguente formola,* & in omni casu, *si comprende, senza contraddetto di alcuno, ogni tempo, ed ogni caso.*

20 *La dizione* semper, *e la formola* usque in infinitum, *poste insieme (senza che fra loro siano frapposte altre voci) si hanno come sinonimi.*

21 *La voce* detto *è dizione ripetitiva di tutte le cose di sopra espresse.*

22 *La prelazione de' maschi, espressa in una parte della disposizione, s' intende ripetita nell' altra, qualora si trovi espressa a modo di regola generale. E s' intende espressa a modo di regola, quando ci sia la particella* semper, *la quale di sua natura significa generalità.* Ved. il num. seg.

ALLEGAZIONE IX.

AVendo D. Niccolò de' Conti nell' ultimo suo testamento sottoposte a perpetuo fedecommesso le doti di D. Giuditta sua sorella germana con espresso divieto, che nè essa Giuditta, nè i discendenti di lei ne disponessero, usarono di lor ragione D. Pasquale, e D. Casimiro di Morcone, figliuoli di D. Barbara altra sorella germana del detto D. Niccolò, prendendo a combattere il testamento di D. Vittoria Oristaino, figliuola della Giuditta, nel quale furon lasciate le dette doti a D. Teresa de' Conti unica figlia del fedecommettente; poichè succedendosi ne' fedecommessi con quella medesima regola, con cui succedesi *ab intestato*, ed essendo D. Pasquale, e D. Ca-

D. Casimiro alla Vittoria congiunti di pari grado con D. Teresa, erano ben essi a quel fedecommesso invitati: anzi avendo D. Niccolò de' Conti espressamente preferito i maschi alle femmine, erano essi chiamati all'intero fedecommesso. Coteste, e parecchie altre ragioni in pro de' Signori di Morcone si son da noi largamente proposte in altra Scrittura: e tanto peso anno esse avuto nell' animo del dotto, ed ingenuo Contradditore, che dove un tempo negava egli il fedecommesso, oggi nol niega; e si studia di sostenere la disposizion testamentaria della Vittoria in favor di D. Teresa de' Conti, ed in esclusione de' nostri Clienti per due ragioni. La prima è, che 'l fedecommesso fu istituito in grazia della famiglia del testatore, nella quale è D. Teresa, che ne porta il cognome, e per l'opposito i Clienti nostri non sono. La seconda è, ch'essendo D. Teresa discendente, e figliuola del testatore, e i Sig. di Morcone figli di sorella, assi a credere, che avesse voluto il testatore preferir la figlia a' nipoti. Coteste due ragioni, in apparenza sì forti, ci apparecchiamo or noi a dimostrare fievolissime e vane. Ma a ciò far con chiarezza, è uopo, che quì si trascrivano due Capi del testamento.

I. *Item vuole, ordina, e comanda esso testatore, che morendo ciascuno de' suoi eredi senza figli legittimi, e naturali, l'uno debba succedere all' altro, e l' altro all' uno: come anco succedendo il caso, che a dette sue sorelle Signora Titta, e Barbara fossero state assegnate le doti suddette da detti suoi eredi, e morissero dette sue sorelle senza figli legittimi, e naturali, debbano succedere nell' eredità gli sopravviventi di detta famiglia de' Conti tanto mascoli, quanto femmine usque in infinitum; volendo esso testatore, che la sua eredità, e tutti i suoi beni ereditarj restino in infinitum nelli discendenti ex corpore legittimi, e naturali, loro preferendo però sempre li mascoli nelle femmine usque*

in infinitum, ſenza che detti eredi poſſano diſponerſi di coſa veruna di detta ſua eredità: e queſto in riguardo di avere eſſo teſtatore di ſuo proprio agomentato le loro porzioni, e doti: pregandoli accettare la preſente diſpoſizione, conoſcendo eſſere a loro molto utile. Come anco vuole, e comanda, che le doti di detta Signora Titta, e detta Signora Barbara, in tempo del loro maritaggio li ſaranno conſignate, debbano ſtare ſoggette a detto ſedecommeſſo, e ſuſtituzione, ſenza che poſſano diſponere di coſa veruna, ſenonche dell' infraſcritte ſomme; volendo, che anche dette doti reſtino in famiglia uſque in infinitum tanto maſcoli quanto femmine deſcendenti ex corpore di detti ſuoi eredi, di detta Signora Titta, e Barbara.

II. *Item ordina, vuole, e comanda, che ſuccedendo il caſo, che nella famiglia di eſſo teſtatore reſtaſſe tanto uno o maſcolo, o femmina, che ſia di detta famiglia, di maniera che ſi eſtingueſſe la detta famiglia, il medeſimo poſſa diſponere di ducati diecimila, e ſuccedendo il caſo, che non ve ne ſiano nè maſcoli, nè femmine diſcendenti da' detti ſuoi eredi, e di detta Signora Titta, e Barbara uſque in infinitum, vuole, ordina e comanda eſſo teſtatore, che in due parti di detta eredità ſuccedano la famiglia &c.*

CAPO I.

Il ſedecommeſſo ordinato da D. Niccolò de' Conti non è in grazia della FAMIGLIA, preſa la voce famiglia *in quel ſenſo, nel quale la preſero gli antichi Giuriſconſulti.*

NE' due Capi del teſtamento, che abbiam traſcritto, più volte di *famiglia* ſi fa menzione: *Debbano ſucce-*

cedere nell' eredità gli sopravviventi di detta FAMIGLIA DE' CONTI tanto mascoli, quanto femmine = Volendo, che anche dette doti restino in FAMIGLIA = Succedendo il caso, che nella FAMIGLIA di esso testatore restasse tanto uno o mascolo, o femmina, che sia di detta FAMIGLIA, di maniera che si estinguesse la detta FAMIGLIA &c. Il dotto Contraddittore, avvezzo alla lezione de' libri Latini, e specialmente de' libri del Gius Romano, vuole, che nel testamento di Niccolò de' Conti si prenda la parola *famiglia*, come in quelli propriamente si prende, cioè nel senso di *agnati*, de' quali è proprio aver lo stesso cognome. *Communi jure*, scrive Ulpiano (a), *familiam dicimus omnium adgnatorum*. Spiegata a cotesto modo la voce *famiglia*, siccome il testatore per quelle parole *i sopravviventi della famiglia de' Conti* certamente chiamò al fedecommesso la sua figliuola, e le sue sorelle germane, le quali tutte erano agnate, così certamente n'esclufe coloro, che sarebbero nati dalle sorelle, come per nulla appartenenti alla sua famiglia, ed estranei del tutto.

Ma troppo onore fa'l nostro Contraddittore al Notajo, che scrisse quel testamento, se crede, che intendesse, che suoni nelle Leggi Romane la parola *famiglia*. E come ciò credere di colui, che, scrivendo in volgare, sì poco intende de' numeri, e de' casi? Il goffo Notajo abusò della voce *famiglia*, ed intender volle per essa non solo la figliuola, e le sorelle del testatore, ma tutta la loro discendenza altresì. E che D. Niccolò de' Conti avesse avuto nell' animo d' invitare al fedecommesso non meno i futuri cognati, che le donne agnate viventi nel tempo del testamento, è agevole a dimostrarsi. Leggesi nel testamento, *Debbano succedere nella eredità gli sopravviventi*

(a) *In L. pronunciatio* 195. §.4. *de V.S.*

di detta famiglia de' Conti tanto mascoli, quanto femmine: S'invitano espressamente i maschi. Ma qual maschio della famiglia de' Conti viveva nel tempo del testamento? Niuno. Sole femmine di quella famiglia vivevano a quel tempo. E qual mai sperar se ne poteva nel tempo avvenire? Niuno, che appartenesse alla famiglia de' Conti, poichè non si potevano sperar maschi altronde, che da quelle medesime donne. Leggesi ancora: *Volendo esso testatore, che la sua eredità, e tutti i suoi beni ereditarj restino in infinitum nelli discendenti ex corpore legittimi e naturali, loro preferendo però sempre li mascoli nelle femmine usque in infinitum*. Dal corpo di chi doveano discendere *in infinitum* que' maschi, e quelle femmine, presso cui voleva D. Niccolò de' Conti, che si conservasse sua roba? Certamente dal corpo o della sua figliuola, o delle sue sorelle. Finalmente si legge nel testamento, *Volendo, che anche dette doti restino in famiglia usque IN INFINITUM*. Se per *famiglia* s'intendeva l'agnazione, essendosi questa ridotta a sole donne, vale a dire al suo fine, quell' *infinitum* del testatore esser doveva un infinito, che avea presto a finire. Ma forse non ha a finir sì tosto, se leggesi quel che segue, *tanto mascoli, quanto femmine discendenti ex corpore di detti suoi eredi* (Mizia sorella, e Teresa figlia del testatore), *e di detta Signora Titta, e Barbara*. Or chi non avvisa essersi il Notajo abusato della voce *famiglia?* E chi non sa quel che risaputissimo è in legge (*a*), doversi le parole impropriamente intendere, quando non possono altrimenti? Ma forse a torto abbiam noi biasimato il Notajo, il quale dopo una Costituzione dell'Imperador Giustinia-

no

(a) *L. mulier* 20. §. 1. *de cond. inst.*, *L. quibus* 40., §. 3. *de cond. & dem.*, *L. stipulatio* 38. §. 6. *de V.O.*

no (a), le cui parole recheremo in mezzo più giù, ben poteva colla parola *famiglia* comprendere anche i cognati. Trattà Giustiniano il caso d'un legato, o d'un fedecommesso lasciato alla *famiglia*: e dice esser quello dovuto a' discendenti, agli ascendenti, ed ultimamente a' cognati: *quod ideo esse ab eo constitutum arbitror*, son parole di Andrea Alciati (b), *quoniam adgnatis cognatos aequales in successionibus fecerat*: e pure non aveva ancor messa fuori la *Novella* 118., la qual poi tutte tolse le differenze tra gli agnati, e i cognati.

C A P O II.

Non dee D. Teresa de' Conti esser preferita a' Signori di Morcone, perchè sia discendente, e figliuola del testatore.

NOn potendo l'Avversario negare, che la parola *famiglia* si estenda anche a' cognati, va studiando altri modi da escludere i Signori di Morcone. E' dice. D. Teresa de' Conti è discendente, e figliuola del testatore, e D. Pasquale, e D. Casimiro son collaterali, e figliuoli di sorella.

Questa opposizione può prendersi in due modi. L' uno è, ch' essendo D. Teresa più prossima al gravante, esser debba preferita a' Signori di Morcone, che ne stan più lontani. L'altro è, ch' essendo colei figliuola del testatore, presumer si debba, che costui l'amasse piucchè i nipoti, e per conseguenza a costoro la preferisse. Se l' opposizion si faccia nel primo modo, noi preghiamo l' Av-

(a) *L. ult. C. de verb. sign.*
(b) *In d. L. pronunciatio* 195. §. 4.

Avversario a recarsi in mano l' altra nostra Scrittura; ove abbiam provato a bastanza, che sia molto più conforme a' principj legali, e più ricevuta nel Foro la sentenza di Bartolomeo Soccino in pro de' più prossimi al gravato: e che nel nostro caso cotest' ordine di successione abbia D. Nicolò de' Conti prescritto: onde per rispetto della Vittoria ultima posseditrice del fedecommesso non meno D. Teresa, che i Signori di Morcone son nella linea de' collaterali, e tutti in pari grado. Ma abbiam di buon luogo, che l' avveduto Contraddittore voglia usar contra noi d' un' autorità del dottissimo Giuseppe de Rosa (a), il quale, proposta la controversia, se ne' fedecommessi successivi sieno da preferirsi i più prossimi al gravante, o i più prossimi al gravato, distingue, come fan certuni, così: *Prudenter mihi videntur distinxisse illi, qui in fideicommissis simpliciter successivis voluerunt, ut si ex iis, qui admissi sunt filii, vel descendentes supersint, ii praeferantur, licet testatori non sint proximiores: sin vero descendentes non adsint, sed ad transversales recurrendum sit, tunc semper proximiores testatoris sint praeferendi; etenim priore casu satis inhumanum videtur, filios, & descendentes iis facultatibus privari, in quibus nati, & educati sunt, & ex earum translatione in alios, qui in divitiis nutriti sunt, repentine pauperes fieri; hoc enim & familiarum decori, & politicae gubernationi contrarium esse videtur; ideoque mens testatoris ita interpretanda est, ut quamvis semper praesumatur, sibi proximiores praeferre, ut diximus, id tamen non intelligatur voluisse in ea specie, ubi talia absurda sequerentur. At ubi descendentes non adsunt, cessante hoc inconvenienti, iterum resurgit testatoris affectio erga proprios proximiores, quae quum nulla alia ratione impe-*

(a) *Consult.* 2. *n.* 23.

pediatur, utique effectum suum operari non desinet. Secondo questa dottrina del de Rosa, morta la Giuditta, meritamente succedette la sua figliuola Vittoria, e tuttochè lontana tre gradi dal fedecommettente esclusa D. Teresa de' Conti, a cui nulla giovò l' esser discendente di colui, e nel primo grado del parentado. Ma morta la Vittoria senza discendenti, ragion vuole, che torni la roba alla linea del testatore.

Fondata sulla naturale equità può ben parere altrui una tal distinzione: ma a dir vero mal si conforma colle regole del Gius Civile. L' ordine delle successioni esser dee costante e perpetuo, nè può variare altrimenti, che per Leggi espresse. E' questo un principio certissimo della Romana Giurisprudenza. Chi non avvisa, esser difforme all' equità naturale, che nelle successioni *ab intestato* sia al figliuolo o della sorella, o della propria figlia anteposto un agnato sebben rimotissimo, e forse non conosciuto nemmen di veduta? E pure quell' ordin certo di successione, che avea prescritto la Legge delle XII. Tavole, portava così. Perchè variasse quell' ordine, fu mestieri delle Costituzioni degl' Imperadori (a). Di simiglianti esempj ne ha molti nel Corpo delle Leggi Romane. Ma meglio, che per gli esempj si farà manifesto quel, che da noi si è proposto per la seguente osservazione. I diversi ordini di succedere *ab intestato*, che in diversi tempi ha avuti la Romana Giurisprudenza, sono principalmente tre: il primo dalle Leggi Decemvirali: il secondo dall' Editto del Pretore: il terzo dall' Imp. Giustiniano prescritto. Pongasi mente a ciascuno de' tre; si troverà ciascuno fermissimo in sua ragione: nè variò altrimenti il primo, che per la pubblica autorità del

5

6

7

8

(a) *Inst. de success. quae ab int. def.* §. 15. & 16., & *Nov.* 118.

del Pretore: nè 'l secondo, che per espresse Leggi di Giustiniano. E poichè nella presente causa di prossimità di grado si tratta, è quì da notare, che nell' Editto del Pretore, il quale a solo titolo di *prossimità* deferì le successioni a' cognati (a), fu la prossimità regolata sempre ad un modo. Or chi sarà, che approvi la mostruosa maniera di succedere, che ci propone il de Rosa? Generalmente si sa di certo, che a' fedecommessi è invitato il più prossimo (b): posto solamente è nel dubbio, come si abbia a regolare la prossimità. Si regoli come si voglia, ma si regoli sempre ad un modo, siccome nell' Editto si fa. Volere, che nella stessa causa la prossimità ora in una, ora in altra guisa si regoli, e che l' istessa persona ora sia più prossima, ora più rimota, è un introdurre nella Giurisprudenza un modo di pensare del tutto nuovo. Crediamo di avere assai ben soddisfatto alla objezione fattaci dall' Avversario. Ma non occorreva dir tanto; poichè le tre diverse opinioni de' Dottori circa il regolare la prossimità nella successione a' fedecommessi, han luogo, quando dubbia è la mente del testatore: che dove quegli inviti o i più prossimi a se, o i più prossimi al gravato, altra legge non si dee seguire, che la di colui volontà. Che poi abbia Niccolò de' Conti chiamati al fedecommesso i più prossimi al gravato, si è da noi fatto chiaro nell'altra Scrittura.

Che se l' opposizione si faccia nel secondo modo, rispondiamo, che sebben ciascuno assolutamente più ami i figli, che gli altri men vicini congiunti, nondimeno, per rispetto di certi beni, preferisce talvolta i lontani congiunti a' proprj figliuoli: sicchè quella sola presunzione non

(a) *Inst. de success. cognat.* §. 2.
(b) *L. peto 69.* §. 3. *de leg.* 2.

non basta ad indurre prelazione, se questa in qualche modo espressa non sia. *Suggestioni Illyricianae Advocationis respondentes*, dice l' Imp. Giustiniano (*a*), *decernimus, familiae nomen talem habere vigorem, parentes, & liberos, omnesque propinquos . . . . per hanc appellationem significari: & si quis per suum elogium fideicommissum familiae suae reliquerit, nulla speciali adjectione super quibusdam certis personis facta, non solum propinquos, sed etiam, his deficientibus, generum, & nurum.* Le parole, *nulla speciali adjectione super quibusdam certis personis facta*, come tornano bene! E quanto è simigliante al nostro il caso, che tratta l' Imperadore! Anzi, se non è differenza alcuna da un fedecommesso lasciato *alla famiglia* ad un fedecommesso lasciato *a' sopravviventi della famiglia*, diremo, che sia lo stesso. Dunque, perchè ne' fedecommessi alla famiglia lasciati sia uno preferito ad un altro contra la regola della successione *ab intestato*, di espressa, e *special* prelazione è mestieri: altrimenti aver dee luogo quell' altra legal presunzione, che siesi il testatore conformato del tutto colla Legge, che deferisce le successioni per linee, e per grado, come, per avviso di Papiniano (*b*), succedesi ne' fedecommessi. Piacemi di recare in mezzo il bel comento, che sulla Costituzione di Giustiniano scrisse il Cujacio (*c*): *Quaeritur, sub nomine familiae qui vocentur ad fideicommissum, vel ad legatum, & quo ordine . . . . . Ac primum ait, ex eo legato, vel fideicommisso vocari liberos, vel parentes exemplo legitimae successionis, id est, servato jure, & ordine legitimae successionis inter liberos, & parentes: post liberos, & parentes ait vocari cognatos, servata gradus praerogati-*

12

13

(a) *d. L. ult. Cod. de verb. sig.*
(b) *d. L. 69. §. 3. de leg. 2.*
(c) *Tom. IX. edit. Neap. p. 830.*

va, ut proximus praeferatur ulteriori, ut in L. omnia §. ult., & L. peto §. ult. de leg. 2.

Ricorra ora il Difensore di D. Teresa tutto il testamento di D. Niccolò de' Conti, e ci additi una parola sola, per cui la sua Cliente sia preferita a' nostri. E' non ce l'additerà di certo. Ma additerem noi a lui un luogo del testamento, e sarà forza, ch' e' confessi, che si debbano preferire alla figliuola del testatore i nipoti. E 'l luogo è questo: *Preferendo però sempre li mascoli nelle* 14 *femmine usque in infinitum*. Dunque il fedecommesso da Niccolò de' Conti ordinato è un fedecommesso di *mascolinità*, come volgarmente suol dirsi: e ne' fedecommessi di tal sorta, quando maschi ci sieno, non può aver luogo presunzione alcuna in favor delle donne, tuttochè figliuole del testatore; poichè dalla qualità, che si è apposta della *mascolinità*, nasce altra più forte presunzione, cioè, che abbia considerato il testatore importare alla Repubblica, che di danaro abbondino i maschi, che soli portano i privati, e i pubblici pesi, e bastar che sieno le donne convenevolmente dotate. Così ragiona il dottissimo Giuseppe de Rosa (a), trattando di un testatore, che istituisce fedecommesso non agnatizio, ma di semplice mascolinità. Dice, ch' e' preferisce i maschi alle donne, *non quia velit adgnationem conservare* (come nol volle, nè 'l potea fare Niccolò de' Conti) *sed ob solam praerogativam sexus masculini, cui magis prospicere voluit, quam feminis & quia magis convenit; & quodammodo Reipublicae interesse videtur, ut masculi majores opes, & bona possideant, quam feminae, imo ut ipsi soli divitiis abundent, quas in varios usus possint expendere, & publica onera cum ipsis sustinere. Masculorum enim est domos, & familias constituere, illasque augere, & sustentare, negotia-*

(a) *Consult. 69. num. 38. & 39.*

tiationes omnes exercere, publica officia gerere, Rempublicam administrare, illamque ab hostibus defendere, aliaque omnia facere, ex quibus & oeconomica, & politica gubernatio constituitur, a quibus feminae sunt omnino alienae, quibus opes non sunt necessariae, nisi ad congruam dotem, & propriae personae sustentationem. Abbiam voluto valerci dell' autorità del solo Giuseppe de Rosa, e dell' autorità del medesimo Dottore ci valeremo ancora in appresso; perchè, quando si voglia stare al giudizio di colui, come l' Avversario pretende, e per la presunzion dell' amore preferire il discendente al collaterale; si conosca, in qual caso abbia voluto quel grave Scrittore preferirlo, e in qual no. Intanto si noti, che la presunzione dell' amore, che porta il testatore a' suoi figli; è presunzione, che nasce da disio di bene privato: ma la presunzione in favore del sesso maschile è presunzion contenente pubblico bene: onde siccome al ben pubblico ceder deve il privato, così conviene, che ceda la prima presunzione alla seconda. E questa seconda presunzione è valevolissima ad escludere D. Teresa de' Conti, qualunque delle due opposte opinioni si voglia sostenere, o quella, che preferisce i più prossimi al gravato, o quella, che preferisce i più prossimi al gravante: ed anche se sostener si voglia quella terza e mezzana, che abbiam rigettata di sopra; conciosiachè più comune nelle scuole, e più ricevuta nel foro sia la sentenza di coloro, che nella successione a' fedecommessi di *mascolinità* preferiscono alle femmine i maschi pur d' altra linea, e più lontani di grado. Chi ha vaghezza d' intendere da' veri principj, e per minuto la cosa, vegga quel che ultimamente ne ha scritto il citato de Rosa (a), che a noi non è uopo di entrare in sì lunga disputa; poichè

15

 posto

(a) *d. Consult. a num. 60. usque ad num. 72.*

posto ancora, che si abbia ad attendere la prossimità del gravante, e che ne' fedecommessi di *mascolinità* i maschi escludan le donne sol nella medesima linea, e nel medesimo grado; pur debbono i Signori di Morcone, che son collaterali al fedecommettente, e ne stan lunge tre gradi, esser preferiti a D. Teresa, che discendente è di colui, e n'è lontana un grado solo. Niuno sarà, che di troppo ardire ci accusi, se porrà mente alle parole del

16 testatore. E' dice, *preferendo SEMPRE li mascoli*. Chi dice *sempre*, vuol dire in ogni tempo, e in ogni caso: *Dotium caussa*, scrisse Pomponio (*a*), *semper*, & *ubique praecipua est*: dove la parola *semper* fu dalla Glossa interpetrata così: *Semper*, *id est*, *omni tempore*, & *omni*

17 *casu eorum temporum*. Quindi comunemente s'insegna, che quando ne' fedecommessi successivi ordina il testatore, che i maschi si preferiscan *sempre* alle donne, li voglia preferiti, o sieno nella medesima linea, o in altra, ed o sieno in ugual grado, o in più rimoto. Questa dottrina ci vien menata buona ancor da coloro, che sol nella stessa linea, e in pari grado antepongono i maschi alle

18 donne, eccettone alcuni pochi, che, seguendo il Giasone, (*b*) credettero, che la particella *sempre* significasse *in ogni tempo*, non già *in ogni caso*, senza badare, che su 'l detto Giasone contrario a se stesso (*c*). Non possiam fare a meno di non arrecare qui una bellissima testimonianza del lodato de Rosa (*d*): *Admissa citra veri praejudicium hac opinione*, *quod scilicet stante clausula*, *quod masculi feminis praeferantur*, *illa accipienda sit de masculis ejusdem lineae*, & *gradus*, *non de remotioribus*; *illa tamen* li-

(a) *L.* 1. *solut. matrim.*
(b) *In d. L.* 1. *solut. matrim. num.* 35.
(c) *Cons.* 115. *num.* 3. & 4.
(d) *d. Consult. num.* 72. & 73.

limitatur COMMUNITER *a* DD.; *ut locum non habeat, quando institutor majoratus in ea praelatione adjecerit particulam* SEMPER, *ac dixerit, ut masculi* SEMPER *feminis praeferantur: & licet sciam* ALIQUOS *etiam in his terminis velle contrarium, nihilominus haec est* COMMUNIOR, & VERIOR *opinio*. Que' pochi, cui piacque il contrario, sono i seguaci del Giasone. Che se colla voce *semper* si unisse la formola, *& in omni casu*, allora quella opinione, che più comune, e più vera appella il de Rosa, *nullam admitteret controversiam, & nullum haberet contradictorem*, son parole del medesimo Autore. Ma pur nel caso nostro, comechè quella formola manchi, niuno sarà, che contraddica, se noterà, che col *semper* va giunto quell' *usque in infinitum*. Ecco la clausola intera; *Preferendo però sempre li mascoli nelle femine usque in infinitum*. Essendo tra'l *semper*, e quell' *usque in infinitum* frapposte più voci, non si potran mai prendere come sinonimi messi insieme a far più piena l'orazione; de' quali modi di dire pur troppo abbondano le Scritture de' Notai, e ce ne ha qualche esempio ne' buoni Scrittori, e ne' frammenti de' Giureconsulti Romani (a); e non potendo quell' *usque in infinitum* significare altro, che *in ogni tempo*, forza è, che quel *semper* significhi non altro, che *in ogni caso*.

19

20

Resta a sciorsi una opposizione, che far ci potrebbe il Contraddittore. Due fedecommessi istituì Niccolò de' Conti, l'uno della sua eredità, l'altro delle sole doti lasciate a titolo di legato. Ma non in ambedue tutte le cose son pari. Nel fedecommesso della eredità preferì egli alle femmine i maschi, non già nel fedecommesso delle doti, del quale ora si tratta. Del fedecommesso della eredità scritto è così nel testamento: *Come anco* *suc-*

(a) *Tacit. Hist. II., 39. Julian. in L. 32. de Leg.*

succedendo il caso, che a dette sue sorelle Sig. Titta, e Barbara fossero state assegnate le doti sudette, e morissero dette sue sorelle senza figli legittimi, e naturali, debbano succedere nell' eredità gli sopravviventi di detta famiglia de' Conti tanto mascoli quanto femmine usque in infinitum; volendo esso testatore, che la sua eredità, e tutti i suoi beni ereditarj restino in infinitum nelli discendenti ex corpore legittimi e naturali, loro preferendo però sempre li mascoli nelle femmine usque in infinitum, senza che detti eredi possano disponere di detta sua eredità. Del fedecommesso delle doti è scritto: *Come anco vuole, e comanda, che le doti di detta Sig. Titta, e Barbara debbano stare soggette a detto fedecommesso, e sustituzione, senza che possano disponere di cosa veruna, volendo che anche dette doti restino in famiglia usque in infinitum tanto mascoli quanto femmine descendenti ex corpore di detti suoi eredi, e di detta Signora Titta, e Barbara.*

Ma primieramente è da osservare, che 'l testatore, ordinando il fedecommesso delle doti, si rapportò al fedecommesso della eredità: *Come anco vuole, che le doti*
21 *debbano star soggette a DETTO fedecommesso.* La particella *detto* inchiude quel di più, che non è espresso nel fedecommesso delle doti, ed erasi espresso di sopra nel fedecommesso della eredità: onde Torre (a) la chiama *dictionem repetitivam omnium supra expressorum.* Dunque per la forza di quella particella non solo sono invitati al fedecommesso delle doti *i sopravviventi della famiglia*, ma vi sono invitati i soli maschi, e non altrimenti le femmine, che quando del tutto manchino i maschi. Secon-
22 dariamente è qui da osservare, che quantunque gravissima sia la controversia, se la prelazione de' maschi, espressa in una parte della disposizione, s' intenda ripetita nell' altra; non-

(a) *De primog. part. 2. q. 27. num. 5.*

nondimeno consenton tutti, che qualora quella si esprima a modo di regola generale, abbia ad aversi per ripetita; anzi allora *non dicitur proprie repetitio, sed comprehensio, quia scilicet de natura regulae generalis est, omnia comprehendere, totamque dispositionem regulare*, siccome scrisse il più volte lodato Giuseppe de Rosa (*a*): e consenton pur tutti, intendersi espressa a modo di regola, quando ci sia la particella *semper*, che di sua natura significa generalità. Vaglia per tutti il solo Giuseppe de Rosa (*b*): *Imo & si in sola priori parte dispositionis... adjecisset hanc masculorum praelationem, quia tamen illam adjecit per viam regulae generalis, ibi: SEMPER, & in quocumque casu: per quae verba, SEMPER, in quocumque casu, induci regulam generalem, probant Decian. cons. 1. num. 258. lib. 1., Barbosa de dictionibus, dict. 361. n. 1., & in nostris terminis Molina de primogen. lib. 3. cap. 5. num. 62., Casanat., qui in propriis terminis loquitur clausulae, praeferendo SEMPER masculos feminis*, (ch'è la nostra appunto) *cons. 45. num. 77., & cons. 47. num. 124. & seq., cons. 50. num. 8. & seq., & cons. 53. num. 33. & seq., ubi ex Abbate in cap. secundo requiris, nu. 10. & 11. de appellat., Decio cons. 213. num. 7., & Peregrin. de fideicomm. art. 16. num. 103., & praeterea num. 42. ex L. fin. ff. de rebus dubiis, & L. talis scriptura, §. hanc autem scripturam, ff. de injusto rupto, aliisque juribus id comprobat; adhuc illa repetita censebitur in sequentibus substitutionibus: uti in terminis tradunt Gregor. Lopez, Molina, Casanate, Lara, Giurba &c.* Ultimamente si noti, che al fedecommesso delle doti, morendo senza figli le due sorelle del testatore, son chiamati i due eredi, e i discendenti colla perpetua prelazion de' maschi: morendo [illegible] poi

23

(a) *d. Consult. num.* 183.

(b) *d. Consult. n.* 180. & 181.

poi con figli, son chiamati senza espressa prelazion di maschi i discendenti così *di detti eredi*, come di *detta Signora Titta, e Barbara*. Or se nel secondo caso non si avesse per ripetita la prelazion de' maschi, contraddirebbe a se medesimo il testatore per rispetto de' discendenti de' suoi eredi; poichè nel primo caso lascerebbe *le doti* a' soli discendenti maschi in concorrenza delle femmine: nel secondo le lascerebbe alle femmine non meno, che a' maschi: ch' è tanto, quanto dire, che lascerebbe l'istessa cosa alle stesse persone in molto diverso modo: la quale è somma sconcezza. Nè osta, che 'l testatore, del fedecommesso delle sole doti parlando, dica, *tanto mascoli, quanto femmine*: poichè dove parla del fedecommesso della eredità, che pur le doti comprende, dice parimenti *tanto mascoli quanto femmine*; ma soggiunge poi, *loro preferendo però sempre li mascoli nelle femmine*: le quali parole si an da avere per ripetite, come da noi si è dimostrato finora.

Di Casa il dì 29. del mese di Settembre dell'anno 1750.

Per D. Francesco, D. Giuseppe, e D. Alessio Caporeale contra D. Anna Maria Caporeale.

ARGOMENTO.

I. Dove il testatore abbia invitato al fedecommesso i maschi, e i costoro discendenti, se la qualità maschile s' intenda ripetita ne' discendenti. E se 'l maschio, ch'

ch'è preferito alla femmina nella medesima linea, sia anche preferito quando la femmina sia nella linea ov'è la roba, e 'l maschio in altra linea.

II. Dimostrasi, che i fedecommessi si possano indurre per mere congetture, quandochè sieno urgenti, e necessarie, od almeno molto probabili; il che anche ha luogo, tuttochè le parole non inducano fedecommesso, cioè, sebbene non siano dispositive.

III. Si propone la controversia, se caducata la sustituzione per la premorienza de' sustituti resti libera la roba presso l'erede usufruttuario, o spetti agli eredi legittimi del testatore; e si mostra, che tal controversia da alcuni Dottori riducesi a concordia con una distinzione, ch' e' fanno, di cui se ne reca il tenore.

S O M M A R I O.

1 L*A formola* per via di strettissimo fedecommesso *contiene fedecommesso agnatizio mascolino reciproco.*

2 *La particella copulativa, e posta nella stessa orazione tra due cose, ha forza di congiungerle, e di pareggiarle in modo, che prendano amendue le medesime qualità.*

3 *Dove il testatore abbia chiamato i maschi, e i costoro discendenti, ne' discendenti s' intende ripetita la qualità maschile.*

4 *Presumon le Leggi, che più si amino i vicini, che i lontani di gradi; e men l' ignoti, che i noti: e la prelazione non nasce altronde, che dalla predilezione.*

5 *Dove per particolare Statuto, in concorso de' maschi, sono escluse le femmine, presumesi, che 'l testatore, uniformandosi anzi allo Statuto, che al jus comune, sotto la parola* discendenti *comprenda i soli maschi.*

6 *Chiamata la linea maschile, chi vuol succedere convien, che abbia due qualità, l' una, che sia della linea, l' al-*

tra, che sia maschio.

7 *La linea maschile comincia, e si continua ne' maschi, e come giugne alla femmina, giugne immediatamente al suo fine, cacciando fuori di se la femmina, donde prende cominciamento una nuova linea, che dicesi femminina.*

8 *La figlia del maschio non è compresa nella linea maschile.*

9 *Chiamata la linea maschile, escluso è 'l maschio nato dalla femmina.* Nel num. 10. *si rapporta la contraria opinione del Card. de Luca, la quale fu rigettata dalla Ruota Romana.*

11 *Dove sia chiamata la linea maschile, in due soli casi si ammette la femmina nata dal maschio, almen sua vita durante, o quando trattasi della estinzione del fedecommesso, o quando trattasi della devoluzion della roba alla Chiesa.*

12 *Quando contemplasi il cognome, la famiglia, l' agnazione per* discendenti *s' intendono i soli maschi da' maschi.*

13 *Il maschio è preferito alla femmina nella medesima linea, non quando la femmina è nella linea, ov' è la roba, e 'l maschio è in un' altra: il che solamente è vero dove il testator da principio ha stabilito più linee, le quali ancor durino; non quando la linea da principio è una, e poi in processo di tempo si divide in più rami. Nè ci ha differenza tra 'l caso, che un solo sia stato istituito erede, e 'l caso, che sieno istituiti più, se i più si sieno poi ridotti ad uno.*

14 *L' erede usufruttuario dee far l' inventario, e prestar la cauzione: e la cauzione, e l' inventario riguardano il favor di colui, cui, finito quando che sia l' usufrutto, dee pervenire l' eredità, giacchè l' inventario, e la cauzione furono introdotti, perchè il proprietario fosse sicuro della proprietà.*

15 *Il*

15 *Il testatore non può liberar l' erede usufruttuario dalla prestazion della cauzione, e dalla confezion dell' inventario.*

16 *La liberazione dall' obbligo di prestar la cauzione fa presupporre l' erede, a favor del quale assi a prestare.*

17 *I testamenti si hanno da interpetrare in modo, che niuna voce, anzi nè meno una sillaba resti inutile, ed oziosa.*

18 *I fedecommessi si possono indurre per mere congetture, quandochè siano* urgenti, *e* necessarie, *od almeno molto probabili; il che anche ha luogo, tuttochè le parole non inducano fedecommesso, cioè, sebbene non sieno dispositive.* Ved. i num. seg.

19 *Ne' fedecommessi si attende quel, che ha voluto il testatore dimostrare anzichè la proprietà delle parole.*

20 *Quali siano le congetture* urgenti, *e* necessarie.

21 *E' controversia, se caducata la sustituzione per la premorienza de' sustituti resti libera la roba presso l' erede usufruttuario, o spetti agli eredi legittimi del testatore. Questa controversia si riduce da alcuni Dottori a concordia con una distinzione, ch' e' fanno.* Ved. il num. seg. *dove di tale distinzione si fa parola.*

ALLEGAZIONE X.

PRetende D. Anna Maria Caporeale figlia, ed erede di D. Domenico il giovane l' esecuzione di un laudo promulgato nel dì 13. del mese di Marzo dell'anno 1750. Io, che scrivo per D. Francesco, D. Giuseppe, e D. Alessio Caporeale, zii paterni della suddetta D. Anna Maria, dimostrerò, che 'l suddetto laudo non merita esecuzione in alcun modo.

ESAME DEL LAUDO.

PErchè meglio s' intendano le cose, che son per dire, son da premettere alcuni fatti. D. Domenico Caporeale il vecchio lasciò dopo sua morte, che accadde l'anno *1676.*, diece figli, quattro maschi, e sei femmine. I maschi furono D. Alessio il vecchio, (il distinguerò così da D. Alessio il giovane, uno de' tre miei clienti) D. Carlo, D. Pietro, e D. Giovanni. Delle quattro femmine due sole son da mentovare nella causa presente, cioè D. Drusilla, e D. Cecilia. Lo stesso dì della morte fece D. Domenico l'ultimo testamento, nel quale, scritti eredi i quattro suoi figli maschi col peso di dotar le sorelle, sottopose tutta sua roba ad un perpetuo agnatizio fedecommesso, le cui parole in luogo più acconcio si trascriveranno. De' quattro maschi del testatore l'ultimo a morire fu D. Giovanni, e fu 'l solo, che procreò figli, cioè quattro maschi, D. Domenico il giovane, D. Francesco, D. Giuseppe, e D. Alessio il giovane: e tre femmine, D. Teresa, D. Aurelia, e D. Vittoria. Tra costi figli del suddetto D. Giovanni nacquero l'anno 1749. più controversie riguardanti l'eredità di D. Domenico Caporeale il vecchio, e del costui figlio Alessio. Furono nello stesso anno rimesse a due arbitri, e costoro promulgarono l'anno seguente il laudo, la cui esecuzione oggi si chiede.

Cotesto laudo non può mai nuocere nè a D. Francesco, nè a D. Alessio il giovane. A costui non fu notificato: colui non intervenne all'istrumento del compromesso. Ma di ciò poco mi brigo. Debbo io esaminare la giustizia del laudo, e deve il S. Consiglio decidere le controversie decise dagli arbitri, come se non fossero mai state decise.

CAPO I. DEL LAUDO.

NEl primo Capo del laudo si dichiarò, esser da dividere egualmente tra i quattro figli maschi del suddetto D. Giovanni i beni compresi nel fedecommesso ordinato da D. Domenico il vecchio. Questo primo Capo nell' anno, che 'l laudo si promulgò, e per tutto il tempo, che visse D. Domenico il giovane, era ben giusto, che si eseguisse; ma non è giusto, che oggi si esegua. D. Domenico il giovane, cui spettava la quarta parte di que' beni, morì l' anno 1758. lasciando due sole femmine, cioè D. Vittoria, che per una transazione si è già tolta di mezzo, e D. Anna, che sola è oggi in giudizio: e 'l fedecommesso da D. Domenico il vecchio instituito è tale, che non può passare alle femmine in concorso di tre maschi, che sono i miei clienti. Le parole del fedecommettente son queste: *Item vuole, ordina, ed espressamente comanda detto testatore, che caso, Dio guardante, morisse alcuno di detti suoi eredi instituiti*, (furono essi i quattro soprannominati suoi figli maschi) *succedano quelli figli maschi, che saranno superstiti, e loro figli discendenti in perpetuum, volendo esso testatore, che s' intendano instituiti uno dopo l' altro in perpetuum per via di strettissimo fedecommesso, ordinando, e proibendo espressamente esso testatore, che detti suoi benedetti figli, ed eredi, le suddette robe stabili, nelle quali furono pro aequali parte instituiti, non possano venderle, alienarle o di qualsivoglia modo, o maniera distrarle per qualsivoglia causa urgente, ed urgentissima, etiam se vi fosse decreto di Giudice; ma vuole, che quelle restino sempre alli suoi figli maschi, e loro discendenti in perpetuum, gradus tamen praerogativa servata: e mancando la linea mascolina, vuole, che in quelle anche succedano le figlie femmine di esso*

 pre-

predetto testatore, e loro discendenti tantum: e mancando, il che Dio non voglia, così li maschi, e loro discendenti, come le femmine, vuole, che se ne debba fare un jure padronato della famiglia di Caporeale.

Il dotto Difensore di D. Anna Maria a mostrare, che la dichiarazion fatta dagli arbitri in pro di D. Domenico il giovane dee parimente alla costui figlia giovare, vuol che si ponga mente, che 'l testatore sebbene avesse chiamato al fedecommesso i soli maschi del primo grado, nondimeno ne' gradi ulteriori chiamò i maschi, e le femmine ad un tempo. Leggesi nel testamento: *Vuole, che caso, che morisse alcuno de' suoi eredi, succedano quelli figli maschi, che saranno superstiti*. Ecco chiamati i soli figli maschi del testatore. Ma nel testamento si soggiunge: *E loro figli discendenti in perpetuum*: e più giù: *Vuole, che quelle* (robe stabili) *restino sempre alli suoi figli maschi, e loro discendenti in perpetuum*. Ecco chiamati ne' gradi ulteriori i *discendenti* de' figli maschi: e si sa, che sotto il nome de' *discendenti* si comprendono non men le femmine, che i maschi. Oltre a ciò riflette l' Avversario, che 'l testatore, dopo di aver invitati *i discendenti in perpetuum*, soggiunse le parole, *gradus tamen praerogativa servata*, le quali mostrano, ch' e' volle serbata la sola prerogativa del grado, non quella del sesso. Finalmente dice, che non solo ne' majorati, ma ancora ne' semplici fedecommessi, tuttochè voglia il testator preferiti i maschi alle femmine, allora è la femmina esclusa dal maschio, quando sieno amendue nella medesima linea, non quando la femmina sia nella linea ammessa una volta alla successione, e 'l maschio in altra linea non ancora ammessa: nel qual caso s' insegna da' Dottori (ed o quanti e' ne cita!) che dalla femmina figlia dell' ultimo possessore vien escluso il maschio di linea diversa.

Le

Le massime legali son vere, ma non ben si adattano al caso. Mi sarà molto agevole a mostrarlo, poichè avrò dimostrato, che 'l fedecommesso instituito da D. Domenico il vecchio è un fedecommesso *agnatizio mascolino*; e quandochè pur si trattasse di due linee diverse, sarebbe ancora *reciproco*. Primamente rifletto su quelle parole del testamento, *PER VIA DI STRETTISSIMO FEDECOMMESSO*. Se è vero, com' è verissimo, quel comun detto de' nostri Dottori, che le parole son da intendere *nel più potente significato*, massimamente quando dal testatore si adoperino *i superlativi*; sarà pur vero, che la formola *per via di strettissimo fedecommesso* contien fedecommesso *agnatizio mascolino reciproco*. In un testamento, che prese ad esaminare il Peregrino, era la medesima formola: ed in virtù di essa esclüse quel dotto Autore le figliuole dell' ultimo possessore, ed ammise il costui fratello. Giovami di trascriverne le parole (a): *Casus iste, de quo nunc agitur, fuit decisus Paduae per duas sententias arbitrarias conformes, & realiter executas. Idcirco praevia re judicata in illo facile erit, & in isto obtinere, in quo major rationum vis concurrit. Praesupposita itaque facti serie ex testamento olim D. Bartholomaei de Renaldinis nobilis Paduae cum substitutionibus in eo contentis, videtur mibi concludendum de jure aperto, bona possessa per olim Illustris. D. Bartholomaeum de Randis ab horologio nove defunctum relictis duabus filiabus feminis jure fideicommissi spectare, & pertinere, & devoluta fuisse ad Illustris. D. Tiberium ejus fratrem tunc superstitem, & successive ad ejus unicum filium infantem ex pluribus. Pondero itaque verba illa*, il mio residuo resti sempre a strettissimo fedecommesso, *quae sunt verba sempiterni, & infiniti temporis, & casuum, quae*

(a) *Cons. 19. lib. 6. edit. Venet. an. 1623.*

quae comprehendunt omnes casus, & omnia tempora L. 1. ff. solut. matr. ubi Bart. sic notavit in 5. col. per text. in L. Cajo §. Imperator ff. de aliment. leg. & in L. semper ff. de jur. immun. Sequuntur communiter DD., & plene Paris. cons. 90. n. 28. lib. 2., decisive Paul. de Castr., quem retulit Cor. cons. 263. col. pen. & ult. lib. 3., Boer. dec. 158. num. 3. Rursus pondero verba illa in superlativo prolata, a strettissimo fedecommesso, *quae superabundantiam denotant: unde includitur casus fideicommissi reciproci absque dubio. Imo verba haec simpliciter prolata*, sottoposta ogni cosa a fedecommesso, *pro sui natura important perpetuum reciprocum fideicommissum. Soc. jun. cons. 180. n. 3. lib. 3. per tex. in L. cum in testamento §. 1. de her. instit. Sequitur Marz. cons. 80. col. 2. & ante hos Paris. cons. 82. nu. 13. lib. 2. Subsecutus sum ego de fideicomm. art. 13. n. 87., ubi rationes adduxi, quia verba debent accipi in suo potiori, & potentiori significatu L. 1. §. qui in perpetuum ff. si ager vectigal., item late accipi debent, quatenus late proprietas verborum patitur L. 1. §. pecuniam ff. de calumniat. L. 1. §. quod ff. de aleatorib. L. cum Lege, ubi Aret. in ff. de testam. L. de precio cum Glos. ff. de public. L. 1. §. & generaliter ff. de leg. praest. ...... Quare concludo per* ***verba relata resultare sempiternum reciprocum fideicommissum inter masculos.***

Oltre a ciò si noti, che Domenico il vecchio, dopo di aver chiamati i figli coll'aggiunto di *maschi*, chiamò nella stessa orazione, anzi immediatamente, *i loro discendenti*, e gli congiunse colla particella copulativa *e*, dicendo, *Succedano quelli figli maschi, che saranno superstiti, e loro discendenti in perpetuum*: onde segue, che 'l sesso maschile, espresso ne' figli, sia da aversi com' espresso ancora ne' discendenti, conciosiachè la suddetta particella posta nella stessa orazione tra due cose abbia la forza di congiungerle e di pareggiarle in modo che prendano amen-

amendue le medesime qualità. Traggono comunemente i Dottori cotesta massima da un bel rescritto dell' Imp. Alessandro (*a*), del quale usando appunto nel nostro caso il Fusario scrisse (*b*): *Quando testator vocavit filios masculos, & eorum descendentes, in descendentibus censebitur repetita qualitas masculinitatis... Ratio est, quia in eadem oratione per copulam sunt vocati filii masculi, & eorum descendentes, cujus copulae natura est exaequare omnia copulata*. E si vuol osservare, che 'l Fusario, il quale, presso che in tutti i punti, che tratta, propone le contrarie sentenze, e ne cita gli autori, il nostro punto trattando, non cita Dottore, che contraddica. 3

Si vada più oltre. Il testatore, dopo di avere al suo fedecommesso invitati i *figli maschi, e loro discendenti in perpetuum*, soggiunse: *E mancando la linea mascolina anche succedano le figlie femmine di esso testatore*. Certamente amava egli più le proprie sue figlie, che le figliuole de' suoi nipoti maschi, qual è D. Anna Maria, figliuole lontane di grado, ed ignote. Or poichè chiamò prima *i discendenti in perpetuum da' figli maschi*, e poi le *figlie* sue proprie; se sotto il nome di *discendenti in perpetuum* si comprendessero non men le femmine, che i maschi; ne seguirebbe, che concorrendo le femmine nate da' maschi di qualunque grado ulteriore colle proprie figlie del testatore, sarebbon queste escluse da quelle. E vi è cosa più sconcia ad udire? Presumon le Leggi, che più si amino i vicini, che i lontani di grado, e men gl' ignoti, che i noti: e la prelazione non nasce altronde, che dalla predilezione. Così per più luoghi del jus civile da' Dottori s' insegna appresso il soprac- 4

(a) *In L. quamvis* 4. *C. de impub. & al. subst.*
(b) *De subst. quaest.* 325. *num.* 14.

citato Fuſario (a): e coteſto è'l penſar comune de' teſtatori. Se avviene, che preferiſcano alle proprie figlie anche gli ulteriori, ed ignoti diſcendenti, avvien ciò per lo favore del maſchil ſeſſo, per cui conſervaſi la roba nella famiglia, e nell' agnazione: ma non preferiſcon mai alle proprie figlie le femmine di grado ulteriore, ed ignote, perchè quel favore ceſſa allora del tutto. E' dunque da dire, che per *diſcendenti in perpetuum* inteſe il teſtatore i ſoli diſcendenti maſchi da' maſchi.

5 Si aggiunge, che dove per particolare *ſtatuto* ſono eſcluſe le femmine in concorſo de' maſchi, come ſono eſcluſe tra noi, preſumeſi, che i teſtatori, uniformandoſi anzi allo *ſtatuto*, che al jus comune, ſotto la parola *diſcendenti* comprenda i ſoli maſchi. Così comunemente i Dottori appreſſo il ſuddetto Fuſario (b). Che ſe l'Avverſario mi dice, eſſer ciò da ammettere in una medeſima linea, non in linee diverſe; il prego, che voglia leggere innanzi, perchè ſul fine di queſto I. Capo troverà la riſpoſta.

Ma meglio, che per le legali preſunzioni, provaſi ciò per un altro luogo del teſtamento. Quivi dopo chiamati i *maſchi*, *loro diſcendenti in perpetuum* immediatamente ſi dice: *E mancando la linea maſcolina, ſuccedano le figlie femmine di eſſo teſtatore*. Valgon dunque lo ſteſſo *i diſcendenti in perpetuum*, *che la linea maſcolina*: e ſe così è, chi non vede, che la parola *diſcendenti* ſi dee

6 reſtringere a' ſoli maſchi? Chiamata la linea maſcolina, chi vuol ſuccedere convien, che abbia due qualità, l'una, che ſia della linea, l'altra, che ſia maſchio: la qual ſeconda qualità manca alle femmine diſcendenti da' maſchi.

(a) *Quaeſt.* 468.
(b) *Quaeſt.* 325. *n.* 8. & 9.

chi. Così 'l suddetto Fusario (*a*): *Declaratur non habere locum, quando vocata esset linea masculina, quia tunc feminae non veniunt descendentes ex masculis:* e dopo di aver mostrato per l'autorità del giudiziosissimo Paolo di Castro, del Parisio, del Menochio, e di parecchi altri esser questa la comune, e la più ricevuta sentenza, ne soggiunge la seguente ragione (*b*): *Qui vult succedere tanquam de linea masculina, debet habere duas qualitates, quod sit ex linea, & quod sit masculus: ergo femina, quae non habet qualitatem masculinitatis, non poterit succedere.* E non è da omettere quel, che della *linea mascolina* maestrevolmente scrive la Ruota Romana (*c*), che comincia, e si continua ne' maschi, e come giunge alla femmina, giunge immediatamente al suo fine, cacciando fuori di se la femmina, donde prende cominciamento una nuova linea, che dicesi femminina: *Incboatur in masculis, & quum pervenerit ad feminam, statim finitur, & deflectit, atque corrumpitur, emittens eam extra se: unde alia nova formatur, & producitur, quae feminina appellatur.* Quinci nasce un nuovo quanto sottile, altrettanto forte argomento, di cui si valse il nostro Rovito a provare, che la figlia del maschio non è compresa nella linea mascolina. E' fuor di dubbio, e' dice (*d*), che la femmina è capo della linea femminina: e se n'è capo, ne dee parimente esser parte, perchè 'l capo è parte del corpo. Il dire, che un capo ad altro corpo appartenga, che a quello, di cui è capo, è lo stesso che fingere un mostro, di cui più deforme non hanno ancor finto i Poeti: *Ratio inevitabilis emanat ex conclu-*

7

8

 sione

(a) *Qu.* 346. *n.* 12.
(b) *Num.* 16.
(c) *Part.* 11. *rec. decis.* 95. *num.* 6.
(d) *Consil.* 16. *n.* 7. & 8.

ſione etiam tenentium contrariam opinionem; hi enim indifferenter & indubie admittunt, quod filia femina eſt caput lineae femininae; ergo ſi eſt caput, pernéceſſe ſequitur, quod ſit de linea, quia caput eſt de corpore; ergo femina, quae eſt caput lineae femininae, & ſic de corpore lineae femininae, non poteſt ullo modo contineri ſub linea maſculina. E notiſi quì, che ſcriveva il Rovito in un caſo, nel quale concorrea la figlia del gravato diſcendente dal teſtatore co' maſchi collaterali: nel qual caſo molto migliore è la condizion della femmina. Ma convincentiſſima, a mio giudizio, è la ragion, che ne reca il dottiſſimo Peregrino. E' dice (a), non eſſer da dubitare, che chiamata la *linea maſcolina*, eſcluſo è 'l maſchio nato dalla femmina. Poſto ciò ragiona ſottilmente così. Si eſclude quel maſchio, non perchè maſchio, ma perchè nato da femmina. Eſcludeſi dunque per difetto della ſua cauſa. Ma 'l difetto ſempre è più nella *cauſa*, che nel *cauſato*; dunque molto più, che 'l maſchio nato dalla femmina, dee reſtar eſcluſa la femmina ſteſſa: *Ego, perpenſo diutius hoc negotio, licet verum ſit feminam ex maſculo natam dici de deſcendentibus virilis ſexus, a ſexu virili, per virilem, de virili, & ex virili, & ſic quoque a, de, & ex linea maſculina, vel per lineam maſculinam; attamen in conceſſionibus, & ſubſtitutionibus fideicommiſſariis quod continentur, non facile conſentiendum eſt, quia de feminis non videtur diſponentem cogitaſſe, niſi ad illarum excluſionem; & quia quum deſcendentes ab illis dubio procul excludantur, efficax videtur inſurgere ratio, ut etiam femina eorum autrix excludatur per rationem illam, quia plus eſt in cauſa, quam in cauſato; & quia maſculus ex ea excluditur non quidem quia maſculus, ſed quia procedit per ſexum femineum; fortius igitur mater illius, quae*

9

(a) *De fideicom. art. 26. n. 30.*

quae est sexus feminini. So, che 'l Card. de Luca, scrivendo d' Avvocato, si studiò di dimostrare, che la *generazion mascolina*, che val tanto quanto la *linea mascolina*, comprende la femmina nata dal maschio; ma so ancora, che la Ruota Romana decise il contrario: e 'l confessò schiettamente egli stesso (a). Molte altre simiglianti decisioni della Ruota Romana, ed una della Ruota di Bologna si posson vedere appresso l' Urceolo (b), il quale per l' autorità della medesima Ruota Romana, e di molti gravissimi Dottori insegna, che in due soli casi, chiamata la linea mascolina, si ammette la femmina nata dal maschio, almen sua vita durante, o quando trattasi della estinzione del fedecommesso, o quando trattasi della devoluzion della roba alla Chiesa. Sue parole sono (c): *Contraria haberent locum, ubi ageretur de extinctione fideicommissi, eo quia nullatenus alius reperiretur substitutus, vel de devolutione, & caducitate rei ad Ecclesiam ob lineam masculorum finitam, quia tunc foemina descendens a masculo admitteretur in subsidium, vel saltem ejus vita durante*. 10 11

Ci è pure un altro luogo del testamento, per cui con pari chiarezza si prova, che per *discendenti* da' maschi volle il testatore intendere i maschi da' maschi. Quivi è scritto: *E mancando, il che Dio non voglia, così li maschi, e loro discendenti, come le femmine, vuole ec.* Il testatore a' *discendenti da' maschi* non oppone i discendenti dalle femmine, nel qual caso potrebbono tra' discendenti da' maschi noverarsi ancora le femmine da' maschi, ma loro oppone assolutamente le *femmine*, e seguentemente anche quelle, che nascon da' maschi. Dunque le fem-

(a) *De emphyt. disc.* 13.
(b) *Consult.* 60. *in fine.*
(c) *Num.* 23. & 24.

sione etiam tenentium contrariam opinionem ; hi enim indifferenter & indubie admittunt, quod filia femina est caput lineae femininae ; ergo si est caput, pernecesse sequitur, quod sit de linea, quia caput est de corpore ; ergo femina, quae est caput lineae femininae, & sic de corpore lineae femininae, non potest ullo modo contineri sub linea masculina. E notisi quì, che scriveva il Rovito in un caso, nel quale concorrea la figlia del gravato discendente dal testatore co' maschi collaterali : nel qual caso molto migliore è la condizion della femmina. Ma convincentissima, a mio giudizio, è la ragion, che ne reca il dottissimo Peregrino. E' dice (a), non esser da dubitare, che chiamata la *linea mascolina*, escluso è 'l maschio nato dalla femmina. Posto ciò ragiona sottilmente così. Si esclude quel maschio, non perchè maschio, ma perchè nato da femmina. Escludesi dunque per difetto della sua causa. Ma 'l difetto sempre è più nella *causa*, che nel *causato*; dunque molto più, che 'l maschio nato dalla femmina, dee restar esclusa la femmina stessa: *Ego, perpenso diutius hoc negotio, licet verum sit feminam ex masculo natam dici de descendentibus virilis sexus, a sexu virili, per virilem, de virili, & ex virili, & sic quoque a, de, & ex linea masculina, vel per lineam masculinam; attamen in concessionibus, & substitutionibus fideicommissariis quod contineatur, non facile consentiendum est, quia de feminis non videtur disponentem cogitasse, nisi ad illarum exclusionem; & quia quum descendentes ab illis dubio procul excludantur, efficax videtur insurgere ratio, ut etiam femina eorum autrix excludatur per rationem illam, quia plus est in causa, quam in causato; & quia masculus ex ea excluditur non quidem quia masculus, sed quia procedit per sexum femineum ; fortius igitur mater illius, quae*

9

(a) *De fideicom. art. 26. n. 30.*

quae est sexus feminini. So, che 'l Card. de Luca, scri- 10
vendo d' Avvocato, si studiò di dimostrare, che la *generazion mascolina*, che val tanto quanto la *linea mascolina*, comprende la femmina nata dal maschio; ma so ancora, che la Ruota Romana decise il contrario: e 'l confessò schiettamente egli stesso (a). Molte altre simiglianti decisioni della Ruota Romana, ed una della Ruota di Bologna si posson vedere appresso l' Urceolo (b), 11
il quale per l'autorità della medesima Ruota Romana, e di molti gravissimi Dottori insegna, che in due soli casi, chiamata la linea mascolina, si ammette la femmina nata dal maschio, almen sua vita durante, o quando trattasi della estinzione del fedecommesso, o quando trattasi della devoluzion della roba alla Chiesa. Sue parole sono (c): *Contraria haberent locum, ubi ageretur de extinctione fideicommissi, eo quia nullatenus alius reperiretur substitutus, vel de devolutione, & caducitate rei ad Ecclesiam ob lineam masculorum finitam, quia tunc foemina descendens a masculo admitteretur in subsidium, vel saltem ejus vita durante.*

Ci è pure un altro luogo del testamento, per cui con pari chiarezza si prova, che per *discendenti* da' maschi volle il testatore intendere i maschi da' maschi. Quivi è scritto: *E mancando, il che Dio non voglia, così li maschi, e loro discendenti, come le femmine, vuole ec.* Il testatore a' *discendenti da' maschi* non oppone i discendenti dalle femmine, nel qual caso potrebbono tra' discendenti da' maschi noverarsi ancora le femmine da' maschi, ma loro oppone assolutamente le *femmine*, e seguentemente anche quelle, che nascon da' maschi. Dunque le fem-

(a) *De emphyt. disc.* 13.
(b) *Consult.* 60. *in fine.*
(c) *Num.* 23. & 24.

femmine da' maschi, qual'è D. Anna Maria, non prima sono invitate, che quando manchino i maschi da' maschi.

Resta l'ultimo luogo del testamento, che di qualunque dubbio ci trae. Dopo le parole, *Mancando così li maschi, e loro discendenti*, *come le femmine*, dice il testatore, *che se ne debba fare un jure padronato della famiglia di Caporeale*. Per questa parte del testamento dichiaransi meglio, come sovente avviene ne' testamenti, le parti, che precedono. Nella instituzione del padronato contempla il testatore il suo cognome, la sua famiglia, l'agnazion sua. Dunque la stessa idea ebbe nella 12 instituzione del fedecommesso. Or chi non sa, che quando contemplasi il cognome, la famiglia, l'agnazione, cessa allora ogni disputa, e per discendenti s'intendono i soli maschi da' maschi? Si veggano il Fusario (a), e l'Urceolo, il quale francamente scrive (b), che que' medesimi Dottori, i quali vogliono, che i discendenti *da' maschi*, o *per la linea mascolina* sono ancora le femmine da' maschi; non negano l'esclusion delle femmine, quando il testatore *habuit respectum ad conservationem agnationis*.

Per le cose dette agevolissime riescono le risposte a' contrarj argomenti. Espresse, egli è vero, il testatore la qualità maschile ne' soli figli, ma non prima chiamò le femmine, che *mancando la linea mascolina*. E poichè la linea costa di più gradi, ne segue, ch'espresse la maschil qualità come ne' primi, così ne' gradi ulteriori. E' vero altresì, che disse il testatore *gradus praerogativa servata*; ma quinci mal si trae, che badò solamente al grado, poichè per non ripetere quì le cose già dette, quel-

(a) *Quaest.* 325. *num.* 10.
(b) *In cit. Consult.* 60. *n.* 14. 15. & 16.

quelle stesse parole, *mancando la linea mascolina*, bastano a mostrare, che badò principalmente al sesso, e che tra le persone del medesimo sesso volle serbata la prerogativa del grado. Finalmente non nego, che 'l maschio è preferito alla femmina nella medesima linea, non quando la femmina è nella linea, ov'è la roba, e'l maschio è in un'altra; ma dico, che la proposta dottrina è verissima, quando il testator da principio ha stabilite più linee, e queste ancor durano, non quando la linea da principio è una, e poi col proceder del tempo si divide in più rami; poichè quantunque i rami sien cento, nondimeno, perchè 'l primo stipite è uno, per una sola linea debbon valere. Potrei agevolmente confermarla per le autorità di ben molti Dottori; ma contentomi di quì trascrivere un luogo solo del Card. de Luca, ch'è 'l più fedel testimonio delle massime ricevute nel foro. E' scrive (*a*): *Spectatur primus stipes, qui si est unicus, unicam constituit lineam, non curata subdistinctione, quae tractu temporis sequatur in plures ramos, seu colonnellos, quoniam omnes dicuntur de una linea inspecto stipite seu trunco, non curatis ramis*. Nè ci ha differenza tra 'l caso, che un solo sia stato instituito erede, e 'l caso, che sieno instituiti più, se i più si sieno ridotti ad uno. Una nel primo caso è la linea, perchè realmente uno è 'l chiamato: una è pur nel secondo, perchè i più si anno per uno, conciosiachè sia il principio di tutti un solo. Così la Ruota Romana (*b*): *Versamur in casu longe diverso, quum agatur de succedendo gravato ex una, eademque linea. Nam licet Caesar testator a principio duos filios, nempe Julium, & Kasparum instituerit, eosque ad invicem substituerit, Julius tamen sine filiis praedecessit, & integra ejus*

13

(a) *De jurepatr. disc. 33. num. 4.*
(b) *Rec. p. 15. dec. 124. n. 3.*

ejus portio delata fuit ad Rasponum superstitem, qui postmodum tres filios suscepit, ex quibus descendunt tam D. Cardinalis & frater, quam Caesar Antonius litigans, nec non Carolus, de cujus hereditate nunc agitur. Mi giova di trascrivere un altro luogo del suddetto Cardinal de Luca. Una donna scrisse eredi quattro suoi figli, ed ordinò tra essi, e loro discendenti un reciproco, e perpetuo fedecommesso. I quattro, essendosene morti tre senza figli, si ridussero ad uno, di cui nacquero un maschio, ed una femmina: ed ecco due rami. Essendo poi nata la controversia, se la reciproca intender si dovesse *discretivamente*, cioè tra' soli discendenti di ciascuna linea, ovvero *de linea ad alteram*, il savissimo Cardinale insegnò, che uno fu lo stipite stabilito dalla testatrice, tuttochè quattro eredi avesse scritti; e che non potea quella controversia aver luogo, perchè sebbene i rami fosser due, nondimanco la linea era una. *Insinuabam*, così scrive (a), *quod versabamur extra terminos istius quaestionis vere cadentis, ubi testator, vel concedens ab initio plures lineas constituit, quia nempe plures instituerit propriarum linearum stipites, ac separatas lineas constituturos, atque agatur de faciendo transire bona de una linea ad alteram diversam, qui est proprie casus quaestionis in proposito non cadentis, quum ageretur de reciproca inter personas ejusdem lineae. Dato enim unico stipite, quamvis inter ejusdem descendentes plures lineae dividantur, attamen ad effectum, de quo agitur, dicitur unica, atque omnes, quamvis in diversos ramos, seu colonnellos divisi, unam, eamdemque lineam constituere dicuntur juxta* COMMUNEM, *ac* RECEPTAM *distinctionem*. Non han dunque che fare col nostro caso le autorità, che 'l Contraddittore ha trascritte del Fontanella, del Torre, del Mansi, e del Palma.

Le

(a) *De fideicom. disc. 104. n. 6. in fin.*

Le rilegga egli stesso, ed ingenuamente confesserà, che trattano que' dotti Autori di diverse linee, non di più rami d'una linea stessa. Gli è stata forse occasion d'errore l'avere il Mansi, e 'l Palma usato con poca proprietà la voce *linea* per la voce *ramo*, o *colonnello*; e la voce *colonnello*, o *ramo* per la voce *linea*. Ma sa bene il Contraddittore, che a parlar con proprietà son da distinguere coteste voci: e certamente non altro, che la passion della causa l'ha tratto in errore: e se, quando recossi in mano la *Consultazione* 219 del Mansi, ch'e' cita, avesse letto innanzi fino al *num.* 10., non avrebbe potuto la passione tanto ingannarlo, che non si fosse avveduto, che colui, sebbene non usi con proprietà la voce *linea*, nondimeno conferma quel, che ho io detto di sopra. Le parole del Mansi sono: *Diversum est enim, an testator a principio in duas lineas duorum, vel plurium heredum suam hereditatem diviserit, quo casu testator in eà portione, in qua unumquemque instituit, videtur quoque omnem illius posteritatem cum masculorum praelatione dilexisse, & alteri coheredi instituto, illiusque descendentibus praetulisse, tunc femina, quae sola superstit ex descendentibus ab uno ex pluribus heredibus excludit masculum: an vero in unam tantum lineam unici heredis totam suam fideicommissariam hereditatem ab initio contulerit; hoc enim postremo casu . . . . . masculus, licet ultimo decedenti transversalis, & de alia lineà respectu ipsius ultimi possessoris, excludit feminam ab ultimo possessore descendentem*. Ma lo stesso Mansi nel *num.* 12, usando quella proprietà di parlare, che usata non avea nel *num.* 10., più chiaramente conferma la medesima dottrina. *Clare patet* (son pur sue parole) *unum tantum heredem ab initio esse institutum, itaut attenta persona primi instituti, una tantum esset omnium descendentium linea, seu radix, quamvis in plures palmites, seu columnellos divisa:*

inter unum autem, & alterum casum maximum est discrimen.

SECONDO CAPO DEL LAUDO.

MOlto meno si può, per mio giudizio, eseguire il Capo II. del laudo, nel quale, parlando gli arbitri della eredità di D. Alessio il vecchio lasciata in usufrutto a D. Giulia Grillo sua moglie, e dopo la costei morte a D. Giammaria suo fratello, ed al costui figliuolo D. Domenico il giovane, padre di D. Anna, dichiararono, che, per trovarsi già morto il suddetto D. Giammaria, spettava intera a D. Domenico il giovane, il quale però dovea cominciare a goderne dopo la morte di D. Giulia. Molto meno, torno a dire, si può cotesto Capo oggi eseguire, poichè come nel tempo del laudo era D. Giammaria premorto a D. Giulia, così le premorì dopo otto anni ancor D. Domenico: onde caducata del tutto la sustituzione, succeder dovrebbono i testamentarj, od i legittimi eredi, quandochè non si trovasse altrimente disposto nel testamento di D. Alessio. E costui di fatto altrimente dispose: e dal costui testamento nasce il più chiaro diritto de' miei clienti.

L' ordine delle idee del testatore fu questo. Scrisse nel primo grado erede D. Giulia sua moglie: a costei sustituì D. Giammaria suo fratel germano, e 'l costui figliuolo D. Domenico: e queste sono le chiamate espresse. Ma ce n' è una terza in beneficio de' miei clienti, la qual' è compresa nelle seguenti parole: *Voglio, che D. Giulia mia moglie non sia tenuta a fare inventario di detta mia eredità, e robe, sicurissimo del suo affetto verso li nostri carissimi nipoti di mio fratello.* Non si dubita, che cotesti nipoti erano il suddetto D. Domenico, (del quale, come di colui, che a D. Giulia premorì, non è da te-

tener conto) e i tre miei clienti. Or si sa, che per Legge l'inventario, che dee fare l'erede usufruttuario, riguarda unicamente il favore di colui, al quale, finito quando che sia l'usufrutto, dee pervenire l'eredità, non altrimente, che la *cauzione*, di cui si tratta nel titolo delle Pandette, *Usufructuarius quemadmodum caveat*. Fu cotesta *cauzione* introdotta; *nam proprietatis dominus securus esse debet de proprietate*, come dice Ulpiano (a): e per lo medesimo fine s'ingiunse agli eredi usufruttuarj l'obbligo di far l'inventario. Così da' Dottori comunemente s'insegna appresso Rolando *a Valle* (b), il quale ancor soggiunge, non potere il testatore liberar l'erede usufruttuario dall'obbligo della *confezion dell'inventario*, come nol può liberare dalla suddetta causa, *quia non sui causa fuit inventa, sed favore heredis proprietarii*. Dunque se 'l testatore liberò D. Giulia dall'obbligo dell'inventario, allegandone per ragione la *sicurezza*, che avea *del di lei affetto verso i nipoti ex fratre*, che sono i miei clienti, necessariamente ne segue, ch'e' volle, che a costoro finalmente pervenisse l'eredità. Così 'l nostro Rovito (c): *Liberatio ab onere praestandi cautionem praesupponit heredem, cui sit praestanda*. E' questa una necessaria conseguenza: nè si può negare altrimente, che avendo per inutili, e vuote di senso le parole del testatore: *Voglio, che D. Giulia* ec. *sicurissimo* ec.: la qual cosa è sconcissima a dire. *Nullum verbum etiam minimum*, dice il Mantica (d), *debet esse superfluum, aut otiosum .... & in testamentis verba sunt etiam impropriissime accipienda, ne sint superflua*. E se ci è caso, in cui si ammet-

14

15

16

17

(a) *In L. si cujus 13. de usufr.*
(b) *In tract. var. de invent. q. 50. n. 1.*
(c) *Consil. 47. num. 4.*
(d) *De conject. ult. vol. lib. 3. tit. 6. num. 1.*

mette ne' teſtamenti la *ſuperfluità*, non è certamente il noſtro, poichè del grande amore di D. Aleſſio verſo i miei clienti coſta non ſolo per le traſcritte parole; ma ancora per un'altra particella del teſtamento, ch'è queſta: *Item voglio, che detta mia cariſſima conſorte, quando ſi dottoreranno tanto D. Franceſco, quanto D. Peppuccio, e D. Aleſſiuccio miei cariſſimi nipoti*, (e miei clienti) *debba darli, e ſoccorrerli di quanto alla medeſima piacerà, reſtando alla diſpoſizione della ſuddetta di dare a chi più, a chi meno, come meglio vorrà: e crederò, che li ſtimerà da figli, non che da nipoti.* Poſto coteſto sì grande amore, non ſaran di certo ſuperflue quelle prime parole: e ſe ſuperflue non ſono, conviene, che s'intendano in modo, che *recipiant ſanum intellectum*, come lo ſteſſo Mantica ſcrive: ed altro ſano intelletto non poſſon ricevere, che queſto. Sopravvivendo a D. Giulia i ſuſtituti, a coſtoro volle il teſtatore, che la ſua eredità perveniſſe: caſo che poi e' non voleſſero, o non poteſſero averla, volle, che ſi reſtituiſſe, come per fedecommeſſo, a' ſuoi *nipoti, figliuoli di ſuo fratello:* e 'l fedecommeſſo conſiſte in quelle parole, *Sicuriſſimo del ſuo affetto verſo li noſtri cariſſimi nipoti di mio fratello:* ed eccone le pruove tratte dal ſeno della Romana Giuriſprudenza.

18 Leggeſi appreſſo il giuriſconſulto Scevola (*a*), che un teſtatore ſolito di dare in vita ad un tal Marco ſuo amico, ed *uom dotto*, come Scevola il chiama, un'annua ſomma, dirigendo le parole alla moglie, che avea ſcritta erede, diſſe così: *Domina ſanctiſſima, ſcio te de amicis meis curaturam, ne quid his deſit: verumtamen; & Marco dari* (è quì da ſottintendere *volo*) *octingenta*. Nacque il dubbio, ſe, oltre il legato di ottocento, del quale non era da dubitare, doveſſe, o no la moglie da-

(a) *In L. Titia 19. §. qui Marco 1. de annuis legat.*

dare, come per fedecommesso, a quel Marco, uno degli amici del testatore, quell' annua quantità, ch' era solito il testatore di dargli: *Quaesitum est, an Marcus, praestitis sibi ex causa legati octingentis, annua quoque consequi debeat*. Parea, che si dovesse dir di no. Non aveva il testatore usata alcuna delle voci inducenti fedecommesso, quali sono *rogo*, *mando*, ed altre simiglianti: solamente avea detto, *Scio te de amicis meis curaturam*, le quali mostravano non altro, che una fiducia nella moglie, che avrebbe presa cura degli amici. Si aggiunge, che 'l testatore, sebbene avesse espresso il nome di Marco in quella parte del testamento, nella quale lasciogli il legato degli ottocento, nondimeno nol mentovò a nome in quelle parole, *Scio te curaturam*, contento di averlo compreso sotto la voce generale *de amicis meis*. E pure il giurisconsulto Scevola rispose, non esservi ragion da credere, che non si dovesse a Marco l'annua quantità, ch' era solito il testatore di dargli: *Respondit, nihil proponi, cur non secundum ea, quae in consultatione collata essent, debeantur*. Con più di franchezza avrebbe Scevola detto lo stesso nel nostro caso. Le parole del nostro testatore, *Sicurissimo del suo affetto*, equivagliono a quelle di Scevola, *Scio te curaturam*. Ma nel caso nostro le persone al testatore dilette non van comprese sotto il generale vocabolo degli *amici*, come nel caso di Scevola, ma si specificano, e quasi si mentovano a nome così, *verso i nostri carissimi nipoti di mio fratello*: le quali parole vaglion tanto, quanto queste, *verso Francesco, Giuseppe, ed Alessio nostri carissimi nipoti, e figli di Giammaria mio fratello*. Quà si appartiene ancora un rescritto dell' Imp. Marco pieno di sapienza, e di equità: *Marcus Imperator rescripsit*, dice Papiniano (a), *verba, quibus te-*

(a) *In L. unum ex familia 67. §. ult. de legat. 2.*

ſtator ita caverat, non dubitare ſe, quodcumque uxor ejus cepiſſet, liberis ſuis reddituram; pro fideicommiſſo accipienda: e come le parole, *non dubito*, nel caſo propoſto all' Imp. Marco, così le parole, *certa ſum*, in un altro caſo, che'l ſopraccitato Scevola tratta (*a*), inducono fedecommeſſo. E chi è, che non vegga, che ſuonan lo ſteſſo le formole *non dubito*, e *certa ſum*, che la formola del noſtro teſtatore, *ſicuriſſimo del ſuo affetto?* Conoſco bene, che niuna di coteſte tre formole, quandochè ſi voglia por mente al proprio ſignificato di eſſe, dovrebbe contenere fedecommeſſo; ma ſi sa, che ne' fedecommeſſi ſi attende quel, che ha voluto il teſtatore dimoſtrare anzi che la proprietà delle parole. Così 'l medeſimo Scevola in un caſo ſimigliantiſſimo al noſtro (*b*) ſcriſſe: *Non videri quidem, quantum ad verba teſtatoris pertinet fideicommiſſum:* ma ſoggiunſe, *Sed quum ſententiam defuncti a liberto decipi ſatis inhumanum eſt, centum ei relictos, filiis teſtatoris debere reſtitui.*

19 Coteſte maſſime ſono ben anche ricevute nel foro. Il Fuſario in un intero Capo (c) dimoſtra, per l'autorità di preſſo che infiniti Scrittori nel foro riputatiſſimi, poterſi indurre i fedecommeſſi per mere congetture, quando che ſieno o *urgentes*, & *neceſſariae*, od almeno *multum probabiles* (d): ed eſſer ciò tanto vero, *quod procedat, etſi verba non videantur importare fideicommiſſum*, cioè, ſebbene non ſieno *diſpoſitive*. Lo ſteſſo avea prima inſegnato il Mantica (e): *Licet verba deficiant, tamen ex conjectura voluntatis intelligitur etiam relictum fideicommiſſum:*

(a) *In L. alumnae 30. pr. de adim. legat.*
(b) *In L. Pamphilo 39. de leg. 3.*
(c) *De ſubſtit. quaeſt. 276.*
(d) *In cit. quaeſt. n. 4.*
(e) *De conject. ult. vol. lib. 8. tit. 1. n. 18.*

sum: unde quod vulgo dicitur, non sufficere conjecturas, nisi voluntas transeat in dispositionem, simpliciter verum non est. E di fatto ne' casi proposti da Scevola, e da Papiniano s'inducono per congetture i fedecommessi, tuttochè le parole non sieno *dispositive*. E' dunque solamente da vedere, se la congettura, per cui si pretende da' miei clienti indotto il fedecommesso in lor pro, sia del numero delle *urgenti*, *e necessarie*, od almeno del numero delle *molto probabili*. Or ecco io dimostro, che la congettura favorevole a' miei clienti non solo è delle *molte probabili*, ma delle *urgenti*, *e necessarie* ancora. La congettura *urgente*, *e necessaria* è quella, senza di cui non si può intendere il fine del testatore; e per cui solamente s' intende. Eccone due esempj, l' uno appresso Ulpiano (*a*), l'altro appresso Paolo (*b*). Scrisse una donna erede il figlio, e 'l pregò, che avesse emancipati i figli. Si dubitò, se dovea l' erede emancipargli, e restituir loro per fedecommesso l' eredità. La ragion di dubitare era questa. Nel testamento della emancipazione si era parlato, non della restituzione fedecommessaria della eredità: *Rogavit filium*, dice Ulpiano, *ut filios emanciparet, non autem ut hereditatem eis restitueret*. Ma l' Imperador Severo obbligò l' erede ad emancipare, ed a restituire per fedecommesso l' eredità: *Ex auctoritate D. Severi emancipare eos compulsus est, bisque restituere hereditatem*. Ecco un esempio di fedecommesso indotto per congettura: ed ecco ancora l' esempio d' una congettura *urgente*, *necessaria*. Qual poteva essere il fine, per cui volle la testatrice, che l' erede emancipasse i figli? Volea la testatrice, che l' eredità pervenisse a' figli dell' erede: ma perchè, lasciandosi a' figli, sarebbesi all' erede acqui-

20

(a) *In L. si cui legatum 92. de cond. & dem.*
(b) *In L. qui filium 74. ad Trebell.*

quiſtata per la forza della patria poteſtà, ne ordinò l' emancipazione. Poſto dunque il fedecommeſſo, il fine della teſtatrice s' intende: nè potrebbe intenderſi altrimente. Vengo ora al caſo di Paolo. Un padre, che aveva un figlio, ed una figlia, diriggendo a coſtei le parole, ſcriſſe così: *Mando tibi non teſtari, donec liberi tibi ſint*. Nacque il dubbio, ſe coteſte parole conteneſſero fedecommeſſo a favor del fratello, caſo che la figlia del teſtatore moriſſe ſenza figli. L' Imperadore deciſe il dubbio, pronunziando: *fideicommiſſum ex hac ſcriptura deberi, quaſi per hoc, quod prohibuiſſet eam teſtari, petiiſſet, ut fratrem ſuum heredem faceret: ſic enim accipiendam eam ſcripturam, ac ſi hereditatem ſuam rogaſſet eam reſtituere*. Ecco un' altro eſempio d' un fedecommeſſo indotto per congettura: ed ecco ancora un ſecondo eſempio d' una congettura *urgente*, e *neceſſaria*. Dall' avere il teſtatore proibito alla figlia di far teſtamento, caſo che non aveſſe figli, ſi trae la congettura del fedecommeſſo in favor del fratello: ed è coteſta congettura ſenza dubbio *urgente*, e *neceſſaria*, perchè ſe non s' induceſſe il fedecommeſſo in pro del fratello, non ſi potrebbe intendere a qual fine aveſſe il teſtatore proibito alla figlia di far teſtamento, primachè aveſſe figli: e poſto il fedecommeſſo il fine del teſtatore s' intende. Eſſendo così, chi non confeſſerà eſſer più, che *urgente*, e *neceſſaria* la congettura, che induce, nel noſtro caſo, il fedecommeſſo in pro de' miei clienti? Scriſſe il noſtro teſtatore erede uſufruttuaria la moglie: tanto per Legge baſtava, perchè non poteſſe colei liberamente diſporre della roba. Qual uſufruttuaria doveva anche per Legge far l' inventario de' beni: e coteſto inventario era, ſecondochè ſi è detto, da fare per cautela di coloro, ch' eran chiamati alla proprietà: ma 'l teſtatore, avendo fiducia in lei, *Voglio*, dice, *che D. Giulia mia moglie non ſia te-*

nuta

nuta a fare inventario di detta mia eredità, e roba. Ne soggiunge immediatamente la causa finale dicendo, *sicurissimo del suo affetto verso i nostri carissimi nipoti*. Dunque per argomento acconciamente tratto da' due proposti luoghi è da dire, che intese il testatore di chiamare, come per fedecommesso, i nipoti alla sua eredità. Ma forse più che ne' due casi di Ulpiano, e di Paolo, è nel caso nostro *urgente* e *necessaria* la congettura della volontà. Nel caso di Ulpiano men chiaramente, che nel nostro, espresse il testatore la causa finale della sua disposizione: e nel caso di Paolo non solo la diè men chiaramente a conoscere, ma nè meno designò la persona, a di cui contemplazione avea disposto a quel modo: e'l giurisconsulto dalla sola esistenza del fratello raccolse il fine, per cui quel divieto fu fatto. Nel caso nostro espresse il testatore la causa finale, e designò le persone, cui volea che pervenisse la roba. A confermazione di ciò trascrivasi quì la seconda volta, perchè meglio si esamini, quell' altra particella del testamento: *Item voglio, che detta mia carissima consorte, quando si dottoreranno tanto D. Francesco, quanto D. Peppuccio, e D. Alessiuccio miei carissimi nipoti*, (e miei clienti) *debba darli e soccorrerli di quanto alla medesima piacerà, restando alla disposizione della suddetta di dare a chi più, a chi meno, come meglio vorrà: e crederò, che li stimerà da figli, non che da nipoti*. Questo secondo luogo del testamento congiungasi col primo, e sarà molto più chiara la mente del testatore. Nel primo, dicendo: *Voglio, che D. Giulia mia moglie non sia tenuta a fare inventario*, mostra la gran fiducia, che avea nella moglie: la stessa fiducia mostra nel secondo, dicendo: *Debba darli, e soccorrerli di quanto alla medesima piacerà*. Nel primo, dicendo: *Sicurissimo del suo affetto verso li nostri carissimi nipoti*, mostra di volere, che a' nipoti pervenga finalmente la ro-

ba: nel secondo mostra lo stesso, dicendo, che si avessero *come figli*, non che *come nipoti*.

Ma non da cotesta sola congettura di volontà nasce la ragion de' miei clienti. Nasce ancora dall' essersi caducata la sustituzione dal testatore ordinata, e dall' es-
21 ser' essi i legittimi eredi del testatore. Antichissima è la controversia, se caducata la sustituzione per la premorienza de' sustituti, resti libera la roba presso l'erede usufruttuario, o spetti agli eredi legittimi del testatore. Grande è 'l numero, e l'autorità de' Dottori per l'una, e per l'altra sentenza, onde riesce malagevole la scelta: il perchè ci sono Dottori, che aman meglio di ridurre con
22 una distinzione a concordia le due opposte sentenze: e la distinzione è questa. O 'l sustituto è un estraneo, vale a dire, non del numero degli eredi legittimi, od è alcuno de' legittimi eredi. Nel primo caso premorendo il sustituto, la roba resta libera presso l'erede instituito: nel secondo dee restituirla in virtù d'un tacito fedecommesso a' figli del sustituto, non come a' figli di esso sustituto, ma come ad eredi legittimi del testatore. La ragion della differenza è questa. Il testatore sustituendo un estraneo, non mostra affezione verso gli eredi, che gli succederebbono *ab intestato:* ond'è ben giusto, che la roba resti libera presso l'erede instituito: per contrario, sustituendo uno degli eredi legittimi, e volendo, che sia l'erede instituito solamente usufruttuario, mostra di volere, che, mancando il sustituto prima della morte dell' usufruttuario, costui restituisca la roba agli altri, che, in difetto del sustituto, sarebbono i legittimi eredi. Questa distinzione seguì tra' nostri l'Altimari, le cui parole sono (a): *Aut substitutus est heres ab intestato testatoris, & hoc casu si praemoriatur substitutus cum filiis, tales filii suc-*
ce-

(a) *In Rovit. consil.* 47. *n.* 8. & 9.

cedunt mortuo instituto cum clausula sua vita durante, cum dictione taxativa tantum, ea ratione, quia in hoc casu per dictas clausulas censetur institutus gravatus non in beneficium substituti, sed heredum ab intestato testatoris, qualis est ille substitutus: & ideo si praedecedat substitutus cum filiis, succedunt ejus filii, non tanquam filii substituti, sed tanquam heredes ab intestato testatoris ex d. Bart. in L. quoties n. 3. vers. obstat ff. de hered. inst. Intrigl. de subst. cent. 3. q. 72. n. 99. Aut est substitutus extraneus, & tali casu, si praedecedat instituto, ipse institutus remanet in totum heres ex praesumta mente testatoris, nam fuit contemplatus favor primo instituti, & substituti, non autem testatoris, aut ejus heredum, nec possunt succedere filii substituti, nam per mortem illius ante institutum est caducata substitutio, ut supra diximus: nec est curandum de dictione taxativa tantum, nam illa fuit apposita in favorem substituti, qui dum praedecessit, non est in consideratione. Secondo cotesta distinzione a' miei clienti dee spettare l' eredità di D. Alessio, perchè solamente essi, come figli del fratello, gli succederebbono *ab intestato.* Acquista gran forza la proposta distinzione per le parole più volte trascritte: *Voglio, che D. Giulia mia moglie non sia tenuta a fare inventario, sicurissimo del suo affetto verso i nostri carissimi nipoti di mio fratello.* Sulla sola volontà *presunta* del testatore la distinzione si appoggia: ma ci è nel caso nostro la chiara ed espressa contemplazione de' legittimi eredi.

Alla eredità del suddetto D. Alessio appartengono la vigna detta *Pascesia*, di cui si parla nel capo IX del laudo, e i beni mobili, de' quali si parla nel capo X: onde debbono moderarsi dal S. C. a tenore di quel, che si è detto finora della suddetta eredità.

Ed abbia quì fine questa Scrittura.

Di Casa il dì 13. del mese di Maggio dell'anno 1762.

Per lo Conte di Surbo contr' al Duca di Castelpagano.

ARGOMENTO.

I. Si esamina la questione riguardante la persona dalla quale si debba regolare la prossimità, cioè, se da quella del testatore, che comunemente dicesi del *gravante*, ovvero da quella dell' ultimo possessore, per morte del quale siasi fatto il caso della successione fedecommessaria, che comunemente si dice del *gravato*.

II. Quando i beni entrati una volta in una linea, anzichè questa sia spenta, possano passare in un' altra.

III. Qual sia la differenza, che passa tra i majoraschi, e i fedecommessi.

IV. Dove a' fedecommessi siano invitati i maschi agnati, ed in lor difetto i cognati, si dee ne' maschi cognati attendere no 'l solo sesso, ma 'l mezzo unico, o doppio; cioè, che debbano preferirsi i maschi nati immediatamente da donna agnata a' maschi nati immediatamente da donna cognata.

SOMMARIO.

1 *Dove mancano i discendenti dell' ultimo possessore si attende la prossimità del* gravante, *e non del* gravato. Ved. il num. 3.

2 *La controversia della prossimità del* gravato, *o del* gravante *ha luogo così nel caso, che i più prossimi sieno stati espressamente chiamati dal testatore, che nel caso, che implicitamente vengono chiamati dalla Legge.*

3 *Dove non mancano i discendenti dell' ultimo possessore* si

si attende la prossimità del gravato.

4 *Quando, dopo la morte del* gravato, *si faccia il passaggio da un genere, o grado di sustituzione ad un altro, cioè da' maschi a femmine, o da' discendenti a' collaterali dello stesso ultimo possessore; o da una linea all' altra, si attende la prossimità del* gravante.

5 *Si addita la ragione per cui anzi la prossimità del* gravante *attender si debba, che del* gravato.

6 *Recasi la ragione de' casi in cui anzi la prossimità del* gravato *attender si debba, che del* gravante.

7 *Ne' fedecommessi condizionali col tratto successivo, che in sostanza altro non importano, che un ben regolato ordine di successione necessaria, si attende la prossimità del* gravato, *e non del* gravante. *La limitazione di questa regola si reca nel* num. seg. *E nel* num. 9. *si mostra, che la stessa regola non hà luogo nella sustituzione compendiosa, nella volgare, e nella fedecommessaria non mera, ma compresa nella compendiosa.*

10 *Nel dubbio si crede, che la sustituzione sia piuttosto volgare, che altra.*

11 *Nel dubbio anzi la prossimità del* gravante *attender si debbe, che del* gravato.

12 *Quando il testatore da principio hà stabilito più linee, allora i beni entrati una volta in una linea, anzichè questa del tutto sia spenta, non possono passar nell' altra. Questa regola non ha luogo dove la linea da principio è una, e poi in processo di tempo si divide in più rami.*

13 *Ci ha differenza tra i majoraschi, e i fedecommessi: e qual sia.* V. i num. seg.

14 *Ne' majoraschi si attende la linea, l' età, e i rami.*

15 *Ne' majoraschi non si attende la prossimità del testatore, se 'l prossimo al testatore non sia nella linea, o nel ramo dal medesimo testatore preferiti.*

16 *Ne' fedecommessi semplicemente successivi non si preferisce nè linea, nè ramo, nè età; ma si attende la sola prossimità o del* gravato, *come si dee in alcuni casi, o del* gravante, *come si dee in altri.*

17 *Dove a' fedecommessi siano invitati i maschi agnati, ed in lor difetto i cognati, si dee ne' maschi cognati attendere no 'l solo sesso, ma 'l mezzo unico, o doppio; cioè, che debbano preferirsi i maschi nati immediatamente da donna agnata a' maschi nati immediatamente da donna cognata.*

18 *Il più della gente amano più i maschi, che son loro attenenti per una, che per due donne.*

19 *La massima accennata nel* num. 17. *ha ben anche luogo dove siasi riguardata la sola* mascolinità. *senz' essersi contemplata l' agnazione.* Nel num. seg. *se ne recano varie decisioni.*

21 *Nelle successioni dee prevalere la causa prossima, ed immediata alla mediata, e lontana.*

ALLEGAZIONE XI.

E' finalmente venuta fuori la cotanto aspettata Scrittura per lo Duca di Castelpagano. L' essersi pubblicata pochi dì prima del giorno alla decision della causa prescritto non dovea certamente porre in affanno il Conte di Surbo. Era egli sicuro, che 'l suo per ingegno, per esperienza, e per cento altri pregi ragguardevolissimo Difensore non avrebbe durata fatica per rendere all' Avversario le risposte, che si convenivano. Ma essendosi pubblicata in tempo, che quel Valentuomo a ristorarsi de' danni di sua salute si è ridotto in villa, per passar quivi alquanti dì lontano dalle cure della Città, ha ben donde dolersi il Conte di Surbo di sua fortuna. Se non che 'l può, e 'l dee riconfortare, che avendo colui data

già

già fuori una dotta Scrittura, riesce agevole a chicchessia sulle tracce di quella il rispondere al Contraddittore: il perchè io, comechè oscurissimo nel foro, mi son volentieri lasciato indurre a farlo.

Nasce la presente controversia dal testamento di Livio Pepe. Costui scrisse eredi Giulio, Gianluca, e Giuseppe suoi figliuoli, e se o morisse ciascuno senza figli, e discendenti, o morisser costoro nella età pupillare, od in qualunque altro tempo, ordinò una sustituzione trà essi suoi figli, e lor discendenti, preferendo i maschi da' maschi alle femmine da' maschi, le femmine da' maschi a' maschi dalle femmine; e finalmente nella discendenza delle femmine i maschi alle donne. De' tre maschi scritti eredi il solo Giulio morì con figli, e furono due sole donne Porzia, e Catterina. Di Porzia, maritata a Francesco Severino Duca di Seclì, nacque, oltre altri figli, il Duca Giulio, di cui è figliuolo il Conte di Surbo. Di Catterina, maritata ad Antonio Severino, nacquero un maschio per nome Geronimo, e quattro femmine, Dianora, Livia, Anna, ed Antonia. Geronimo morì senza figli nell'anno 1737. Di Livia, maritata a Giambattista Castrocucco Marchese della Ripa, nacquero Antonio, che pur senza figli si morì nell'anno 1742., e Catterina, di cui è nato il presente Duca di Castelpagano.

Morto, come si è detto, senza figli Geronimo, surse lite tra Giulio Duca di Seclì, due sorelle di Geronimo Antonia, ed Anna, ed Antonio Castrocucco figliuol di Livia sorella di Geronimo. Credendo Giulio, che si contenesse nel testamento di Livio un perpetuo fedecommesso in grazia de' maschi, volea, come maschio, escludere le sorelle del defunto; e, come più prossimo al fedecommettente, escludere Antonio. Antonio, per la medesima prerogativa del sesso, intendea di escludere le due donne; e, come più prossimo al gravato, di escludere

in-

intendeva il Duca di Seclì. D' altra parte le due femmine Antonia, ed Anna eran d' accordo col lor nipote Antonio Castrocucco, perchè, attenta la prossimità del gravato, escluso restasse il Duca di Seclì; ma opponevano ad Antonio la real rinunzia fatta da Livia di lui madre al fedecommesso da Livio istituito. Più cose accaddero col proceder del tempo, ma pende ancora l'antica lite sott'altri nomi; poichè le ragioni di Giulio Duca di Seclì, e delle due femmine Antonia, ed Anna si son trasfuse in virtù di amplissima cessione nel Conte di Surbo: e le ragioni del Marchese Antonio Castrocucco si rappresentano oggi dal Duca di Castelpagano.

L' egregio Difensore del Conte di Surbo nella sua dottissima Scrittura ha dimostrato in tre Capi tre cose. La prima è, che 'l testamento di Livio Pepe non contenga il preteso perpetuo fedecommesso, e che per conseguente debban valere le cessioni fatte da Antonia, e da Anna al Conte di Surbo. La seconda è, che, datochè avesse Livio Pepe ordinato quel fedecommesso, vi dovea succedere Giulio Duca di Seclì, e vi dee per esso succeder oggi il Conte di Surbo, come più prossimi al gravante. La terza è, che ostava al Marchese Antonio Castrocucco, ed osta oggi al Duca di Castelpagano, la rinunzia di Livia madre del primo, ed avola del secondo. Per contrario il dotto Avvocato del Duca si studia di dimostrare, che coteste tre cose sien false: ed alcune nuove ragioni aggiunge in favore del suo Cliente. Or io nè della esistenza del fedecommesso, nè del valore della rinunzia mi brigherò in questa mia breve Scrittura; poichè quanto se n'è scritto dal Contraddittore, tutto era già stato dal savio Difensor del Conte proposto, e rigettato: e supponendo, che ancora ci sia il fedecommesso, e che non ci sia rinunzia alcuna (vegga l' Avversario di quanto gli son cortese) risponderò a' nuovi ar-

argomenti, ond' e' vuol provare, che 'l fedecommesso di Livio spettava al Marchese Antonio, e spetta oggi al Duca: e gli proporrò finalmente una nuova ragione in pro del Conte di Surbo.

C A P O I.

Si risponde al secondo Capo della contraria Scrittura, e si dimostra, che nel nostro caso si abbia da attendere la prossimità del gravante, non del gravato.

CHe Giulio Severino Duca di Seclì, di cui è figlio Marcello Conte di Surbo, fosse più prossimo al gravante, che Antonio Castrocucco non era, è cosa posta fuori di controversia. Che Geronimo, cui era pervenuta la porzione di Catterina, fosse morto senza figli, non è chi possa negarlo. Di cotesti due certissimi fatti seppe far buon uso il dottissimo Avvocato del Conte di Surbo. Egli scrisse, non esser mestieri, che si recasse a disamina, se attender si dovesse la prossimità del gravante, o del gravato, poichè dove mancano i discendenti dell'ultimo possessore, e dee la succession deferirsi a' collaterali, non ha luogo la questione, e senz'alcun dubbio la prossimità del gravante si attende. 1

Volgesi in varie parti l'accorto Difensore del Duca di Castelpagano per issuggire cotesto colpo. Dice in primo luogo, che la proposta controversia della prossimità del gravato, o del gravante *vedesi agitata nelli termini, che dal testator vengono a talun sustituiti li più prossimi senz' altro spiegare, differentissimi dal nostro caso:* quinci 2

 a po-

a poco soggiunge, *che nel caso nostro non vengono chiamati i più prossimi*. Ma sa ben egli, che necessario non è chiamarsi espressamente dal testatore i più prossimi. Se non gli chiama il testatore, gli chiama la legge: e così nell' uno, come nell' altro caso quella controversia ha luogo: *Prima quaestio est illa*, son parole del Card. de Luca (a), *an explicite per hominem, vel implicite per legem vocato proximiore, proximitas regulanda sit ex persona gravantis, vel ex illa gravati*. Oltracciò s' e' non avesse letto i Codicilli di Livio Pepe, cieco della passion della causa, avrebbe potuto dalle parole di colui agevolmente raccorre, che i più prossimi invitò. Quivi è scritto: *Ordino, che detti figli, e descendenti da ciascuno di detti miei figli censeantur vocati, preferendo sempre li masculi alle femmine, etiamsi dicti masculi essent in remotiori gradu*. Se Livio Pepe nel solo concorso de' maschi, e delle femmine volle, che 'l grado, o sia la prossimità cedesse al sesso, necessariamente ne segue, che in tutti gli altri casi volle, che si attendesse la prerogativa del grado.

Dice in secondo luogo, che quantunque sia vero, doversi attendere la prossimità del gravante, dove debba il fedecommesso da' discendenti passare a' collaterali, nondimeno ciò vero sia, quando manca la discendenza *non solo dell' ultimo gravato, ma anche degli ammessi una volta alla successione del fedecommesso*, e debba questo passare a' loro collaterali, non del solo ultimo possessore. Così, per suo avviso, insegna Giuseppe de Rosa (b): *Si supersint filii vel descendentes eorum proximiorum, qui semel admissi sunt.... isti praeferendi sunt, licet testatori remotiores: sin autem extincta descendentia admissorum... ad transf-*

(a) *In Summa fideicom. num.* 226.
(b) *Consult.* 2. *num.* 4.

transversales... transeundum sit, tunc proximitas testatoris attenditur, non autem ultimi decedentis. Poichè dunque spenta la discendenza di Geronimo, non si spense la discendenza di Catterina ammessa una volta al fedecommesso, conciosiachè i collaterali di Geronimo fossero discendenti di Catterina; conchiude il dotto Contraddittore, doversi attendere la prossimità del gravato, non del gravante. Ma s' e' si fosse compiaciuto di riconoscere i luoghi de' Dottori, che dal diligentissimo Avvocato del Conte di Surbo si citano, non avrei ora io la pena di disingannarlo. Io in quelle angustie di tempo, in cui mi trovo, ne ho riconosciuti due soli. Il primo è del Mantica *De conject. ult. volunt. lib.* 8. *tit.* 12. *n.* 39. Trascrive quivi il Mantica la seguente autorità di Cesalo: *Licet Rota dixerit, magis communem, & veriorem esse opinionem, quod sit inspicienda proximitas gravati; tamen nititur auctoritate Socini jun., qui loquitur, quando legitimi descendentes ex GRAVATO ULTIMO DEFUNCTO superfunt*. I discendenti dell'ultimo gravato fanno, che si abbia ad attendere la prossimità del gravato; dunque la mancanza de' discendenti dell'ultimo gravato dee fare, che attender si debba la prossimità del gravante. Il secondo luogo è del Fusario *De subst. quaest.* 484. *n.* 16. & 21. Dice nel num. 16. *Declaratur primo ista quaestio, ut si adsint descendentes gravati, illi praeferantur aliis etiam proximioribus testatoris*. Parla il Fusario *de' discendenti del gravato*, cioè dell'ultimo possessore: che questo suona il *gravato*, quando opponesi al *testatore*. Nel num. 21. soggiunge: *Declaratur secundo (& est declaratio fere eadem cum praecedenti) quod si fiat transitus post mortem gravati ad diversam conditionem personarum, ut a masculis ad feminas, vel a descendentibus ad transversales, vel de una linea ad aliam, attendatur proximitas testatoris*. Che le parole *a descendentibus ad tranversales* si debbano spiega-

3

4

re de' discendenti, e de' collaterali dell' ultimo possessore, è molto agevole a dimostrarsi. Nella prima dichiarazione, che si fa nel num. 16., de' discendenti dell' ultimo gravato espressamente si parla: ma la seconda dichiarazione, che si fa nel num. 21., si dice, che sia *fere eadem cum praecedenti*; dunque *i discendenti*, e i *trasversali*, di cui nella seconda dichiarazione si tratta, di certo sono i discendenti, e i collaterali dell' ultimo possessore. Se fossero i discendenti, e i collaterali del testatore, la seconda dichiarazione non sarebbe *quasi la stessa*, che la prima. Dicesi *quasi la stessa*, perchè la seconda dalla prima deducesi per argomento tratto dal contrario senso a questo modo. Se ci son discendenti dell' ultimo gravato, la prossimità del gravato, non del gravante si attende; dunque se mancano i discendenti del gravato, e i soli collaterali del gravato ci sono, la prossimità del testatore, non dell' ultimo possessor si riguarda. Se l' Avversario non è ancor chiaro della mente del Fusario, nè sarà chiaro osservando, che quell' Autore nel num. 21., ove dice, doversi attendere la prossimità del gravante, quando non ci son discendenti, cita quel luogo medesimo del Mantica, che io di sopra ho trascritto: or quivi espressamente si parla de' discendenti *ex gravato ultimo defuncto*.

Ma Giuseppe de Rosa insegna altrimenti. Io apertamente e francamente il niego. Giuseppe de Rosa cita (a) in suo pro que' due luoghi medesimi, che ho io trascritti del Mantica, e del Fusario: nè contengono que' luoghi alcun dubbio senso, sicchè gli abbia intesi il de Rosa altrimenti, che io non gl' intendo. Nella massima legale tutti e tre son d' accordo, ma non trattano tutti e tre i medesimi casi. I casi, ne' quali, per consentimento

(a) *d. Consult.* 2. *num.* 15.

to di quasi tutti i Dottori, attender si dee la prossimità del gravante, son tre. Uno ne tratta il Mantica, un altro il de Rosa, tutti e tre il Fusario. Scrive costui nel num. 21., *si fiat transitus post mortem gravati a masculis ad feminas* (questo è 'l primo caso) *vel a descendentibus ad transversales* (questo è 'l secondo) *vel de una linea ad aliam:* e questo è 'l terzo. Tratta il Mantica il solo secondo caso, quando si spegne la discendenza dell' ultimo gravato, ma non la linea de' primi ammessi: ch' è 'l caso nostro. Tratta il de Rosa nelle trascritte parole il solo terzo caso, quando tutta la discendenza, o sia l' intera linea si spegne. Ma non perchè il solo terzo caso propone, si dee credere, ch' escluda il secondo. E come escluderlo, se dell' uno, e dell' altro caso la ragione è la stessa? Succedendosi ne' fedecommessi al testatore, non al gravato, e dovendosi presumere, che colui ami più i prossimi a se, che i rimoti; di quì è, che anzi la prossimità del testatore attender si debba, che del gravato. La ragion poi, per la quale, essendoci discendenti dell' ultimo possessore, la di costui prossimità si riguarda, non è altra, che un motivo di pietà, il qual si crede, che fosse stato nell' animo del testatore. E' cosa assai dura che 'l figlio dell' ultimo possessore splendidamente nato, ed agiatamente nutrito co' frutti del fedecommesso nella casa paterna, morto il padre, ne sia dispogliato come non prossimo al testatore, e dalle ricchezze trabocchi inopinatamente nella povertà. *Prudenter mihi videntur distinxisse illi*, dice il lodato de Rosa (a), *qui in fideicommissis simpliciter successivis voluerunt, ut si ex iis, qui admissi sunt, filii, vel descendentes supersint, ii praeferantur, licet testatori non sint proximiores: sin vero descendentes non adsint, sed ad transversales recurrendum sit,*

5

6

(a) *d. Consult. 2. num. 23.*

sit, tunc semper proximiores testatoris sint praeferendi; etenim priore casu satis inhumanum videtur, filios, & descendentes iis facultatibus privari, in quibus nati, & educati sunt, & ex earum translatione in alios, qui in divitiis nutriti sunt, repentino pauperes fieri: hoc enim & familiarum decori, & politicae gubernationi contrarium esse videtur; ideoque mens testatoris ita interpretanda est, ut quamvis semper praesumatur, sibi proximiores praeferre, ut diximus; id tamen non intelligatur voluisse in ea specie, ubi talia absurda sequerentur. At ubi descendentes non adsunt, cessante hoc inconvenienti, iterum resurgit testatoris affectio erga proprios proximiores, quae quum nulla alia ratione impediatur, utique effectum suum operari non desinet. Cotesto motivo di umanità ha luogo, quando ci sieno discendenti dell' ultimo gravato; cessa del tutto, quando la discendenza dell' ultimo gravato sia spenta, comechè i di costui collaterali discendano da' primi ammessi, dappoichè ciò nulla ostante e' non sono stati agiatamente nutriti co' frutti del fedecommesso, nè punto impoveriscono per la morte dell' ultimo possessore.

7 Si volge altrove l' avveduto Difensore del Duca di Castelpagano, e riflettendo, che Livio Pepe chiamò i discendenti de' figli suoi *con ordine successivo*, conchiude doversi necessariamente attendere la prossimità del gravato; conciossiachè l' ordine successivo altro non sia, che l' ordine dalla legge stabilito nelle successioni *ab intestato*, secondo il quale succedesi all' ultimo moriente attenta la prerogativa del grado.

So bene, che insegnan così alquanti Dottori, tra quali è 'l Peregrino nel luogo dall' Avversario citato (a);

8 ma primieramente è quì da notare, che la formola *con ordine successivo*, la quale, come ben avvisa il Contraddit-

(a) *De fideic. art. 21. num. 5.*

dittore nel Capo II. di sua Scrittura; se dal testator non si appone; si ha per apposta; può ben intendersi de' prossimi al gravante, cui certamente succedesi ne' fedecommessi. Così la intese il gravissimo Autor Covarruvia (a): *Haec tamen ratio non omnino convincit, quia & si sit servandus modus successionis ab intestato jure communi constitutus, poterit quispiam dicere, banc successionem ab intestato censendam esse, & considerandam respectu testatoris, cui succeditur ex fideicommissaria, l. coheredi §. cum filiae ff. de vulgar.; & ideo admittendus erit proximior ipsi testatori, non proximior ultimo possessori. Hoc denique id ipsum est, quod manifeste constat in d. l. ult. C. de verb. signif. juxta ea, quae ibi notantur a Paulo Castrensi, & a Decio conf. 1., etenim ipse libentissime deduxerim ab ejusdem decisionis responso, servandum esse in his fideicommissis ordinem a jure datum successionis ab intestato, respectu tamen ipsius testatoris, non respectu gravati; quia si succeditur primo testatori, illius persona est consideranda, & successio erit secundum illam deferenda.* Secondariamente, anche dato per vero l' insegnamento del Peregrino, è da notare, che la sustituzione da Livio ordinata è del genere di quelle, che chiamansi *compendiose*, come confessa l' ingenuo Contraddittore sul principio del I. Capo di sua Scrittura: e se ci ha chi ne dubiti, legga le seguenti parole del testamento: *Ordino, che morendo detto Giulio senza figli discendenti, o con essi, e questi poi morissero in pupillari aetate, o poi quandocumque . . . vi debbano succedere &c.* Posto ciò non nuoce al Conte di Suibo la contraria dottrina. Questa ha luogo nelle sustituzioni mere fedecommessarie, non già nelle compendiose, come il medesimo Peregrino

(a) *Practic. quaest. cap. 38. num. 2.*

no dimostra altrove (a). La sustituzion compendiosa, tra le altre, comprende la volgare: or siccome nella volgare al testator si succede, e la prossimità del testatore si attende, come senza contraddetto di alcuno insegna il Fusario (b); così nella fedecommessaria non mera, ma compresa nella compendiosa attender si deve, a tor via l'ineguaglianza, la prossimità del gravante. Non s'incresca il gentile Avversario (strettamente nel prego) di leggere il seguente luminosissimo luogo di Giuseppe de Rosa (c), che torna assai bene: *Tertia conjectura est, quia in nostra specie substitutio fuit compendiosa; fuit enim facta in casu mortis, sub quo comprehenduntur omnia tempora, Surd. decis. 37. n. 8., Alciat. cons. 88. n. 7. lib. 9., Peregr. de fideicom. art. 34. n. 9., Giurba decis. 11. n. 3., Castillo decis. 152. n. 33.: late Antonin. de Amato resol. 10. n. 8.; ideoque continet sub se inter alias vulgarem, Dec. cons. 416. n. 6. & 7., Graff. §. substitutio quaest. 61., Peregrin. dicto artic. 34. n. 15. & alii passim: in vulgari autem, ut supra notatum est, omnes admittunt, vocari proximiores, & successores testatoris, ideoque in hac compendiosa, si casus vulgaris successisset, utique proximiores testatoris successores intelligi vocatos dicendum foret; idem ergo dicendum est, dum successit casus fideicommissariae substitutionis in ea compendiosa contentae ratione pariformis determinationis. Ita Peregrin. cons. 26. lib. 4. n. 7., qui ex hac ratione vult, quod opinio illorum, qui tenent in fideicommissis attendi proximitatem gravati, procedat in pura fideicommissaria, non autem in fideicommissaria contenta in compendiosa.* E la ragion legale è questa, perchè la principale, e più

10 regolare sustituzione è la volgare, tanto che nel dubbio

si

(a) *Cons. 26. lib. 3. num. 7.*
(b) *De subst. quaest. 80. num. 1.*
(c) *d. Consult. 2. num. 53.*

si crede, che la sustituzione sia piuttosto volgare, che altra (a): or è convenevole, che, contenendosi nella compendiosa la sustituzion volgare, e le altre, prendan queste la natura di quella. E questo è un nuovo fortissimo argomento, onde si prova, doversi nel caso nostro attendere la prossimità del gravante.

Le cose dette finora pajonmi cotanto certe, che non dovrebbon essere dall' Avversario contraddette. Ma sieno pur dubbie, il dubbio giova al Conte di Surbo. *Denique naturalis aequitas, ex qua plerumque civilis ratio descendit, manifeste persuadet, in dubia quaestione admitti debere proximiorem testatoris, ex cujus voluntate, & dispositione, & in cujus bonis succeditur.* E' questo un aureo luogo del lodatissimo Giuseppe de Rosa (b), col quale al I. Capo di mia Scrittura so fine. 11

CAPO II.

Si risponde ad un' altra difficoltà proposta nel suddetto I. Capo della contraria Scrittura, e si dimostra, che succedendo il Conte di Surbo nella porzione di Catterina, non passerebbe il fedecommesso d'una linea in un' altra.

MA l' Avversario ancor non rifina di contraddire. La discendenza, e' dice, di Giulio primogenito

 del

(a) *L. jam hoc jure 4. ff. de vulg. Fusar' de subst. quaest. 6. num. 33.*

(b) *d. Consult. 2. in fine.*

del fedecommettente si divise per le sue due figliuole Porzia, e Catterina in *due linee*, *rami*, *o colonnelli*. Nella linea di Porzia entrò una parte de' beni al fedecommesso soggetti: entrò un' altra parte nella linea di Catterina. Or poichè non si può dubitare, che i beni entrati una volta in una linea, anzi che questa del tutto sia spenta, non possono passar nell' altra; e poichè morto Geronimo vi erano nella linea di Catterina più donne, e più maschi, e ci è ancora il Duca di Castelpagano, fu *stranezza*, e' dice, del Duca di Seclì, discendente di Porzia, l'aver pensato alla succcessìon di Geronimo; ed è *stranezza* del Conte di Surbo il pensarci. Reca in mezzo molte autorità di Dottori, delle quali la più speciosa par quella di Giuseppe de Rosa (a): *Quod si inter illos ejusdem lineae quaestio incidat, tunc erit considerandum, in eadem linea posse dari plures stipites, seu, ut DD. dicunt, colonnellos, puta si ex capite unius lineae plures filii supersunt, qui omnes suos descendentes babeant, & tunc quoniam a toto pars regulatur, quòd inter lineam, & lineam observatur, ut quoties de una linea aliquis superest, is admittatur, idem inter stipitem, & stipitem servari debet, ut quoties superest persona de uno stipite, seu colonnello, licet testatori remotior, non fiat ad alium transitus: neque ratio proximitatis testatoris hic locum habere potest, quia nimirum obstat modus succedendi ab eodem testatore praescriptus.*

12 La venerazione, in cui ho l'Avversario, fa che io non mi accenda sull'abuso, ch' e' fa della proposta dottrina. Questa è verissima, quando il testator da principio ha stabilite più linee, e queste ancor durano, non quando la linea da principio è una, e poi col proceder del tempo si divide in più rami; poichè quantunque i rami

(a) *d. Consult.* 2. *n.* 25.

rami sien cento, nondimeno, perchè il primo stipite è uno, per una sola linea debbon valere. Se de' tre figli di Livio ci fossero discendenti, le linee sarebber tre, e non potrebbe il fedecommesso d'una in altra passare: ma essendo due di essi morti senza figli, e'l solo Giulio con figli, le tre future linee si ridussero ad una sola, e i due rami di Porzia, e di Catterina una sola linea sono in sustanza, e per conseguente o 'l fedecommesso sia ne' discendenti di Catterina, o sia ne' discendenti di Porzia, è sempre in una linea stessa. *Stante quod prima dispositio*, son parole del dottissimo Cardinal de Luca (*a*), *ad unum tantum directa est, cujus descendentes vocentur, tunc unica dicitur linea, omnesque licet inter plures ramos, seu colonnellos divisi, de una & eadem esse dicuntur, unum & idem corpus, seu genus constituentes, quum quaestio reciprocae linearis, ac transitus de linea ad lineam cadat, ubi plures lineae ab initio constitutae sunt, juxta satis vulgarem, ac receptam distinctionem derivantem ex textu in cap. 1. de eo, qui sibi, & hered. suis in usib. feud.* Il medesimo Card. espressamente dice in un altro luogo delle Opere sue (*b*), non doversi curare i rami: *Spectatur primus stipes, qui si est unicus, unicam constituit lineam, non curata subdistinctione, quae tractu temporis sequatur in plures ramos, seu colonnellos, quoniam omnes dicuntur de una linea inspecto stipite, seu trunco, non curatis ramis.* Dovrei esser contento de' due soprascritti luoghi del Card. de Luca; ma perchè mi si oppone l'autorità di Giuseppe de Rosa, mi giova mostrare, che, anche secondo il di costui sentimento, la cosa va, come io dico. Scrive il de Rosa (*c*): *Id potissimum locum habet, si*

Ll 2 *omnes*

(a) *De fideic. disc.* 117. *num.* 5.
(b) *De jurepatron. disc.* 33. *num.* 4.
(c) *Consult.* 69. *num.* 62.

omnes lineae descendant ab uno primo loco vocato, a quo postea plures filii geniti sint, qui diversas lineas propagaverunt, quasi tunc omnes illae lineae, quum ab uno vocato initium sumserint, considerentur, ac habeantur per modum unius respectu testatoris disponentis. Nè ci ha differenza tra 'l caso, che un solo sia stato istituito erede, e 'l caso, che sieno istituiti più, se i più si sieno poi ridotti ad uno. Una nel primo caso è la linea, perchè realmente uno è 'l chiamato: una è pur nel secondo, perchè i più si considerano e si hanno per uno, essendo il principio un solo. Il più volte lodato Card. de Luca (a) prese ad esaminare un caso simigliantissimo al nostro. Una donna istituì eredi quattro suoi figli: ed ordinò tra essi, e loro discendenti un reciproco, e perpetuo sedecommesso. I quattro, essendosene morti tre senza figli, si ridussero ad uno, di cui nacquero un maschio, ed una femmina: ed ecco due rami. Essendo poi nata la controversia, se la reciproca intender si dovesse *discretivamente*, cioè tra' soli discendenti di ciascuna linea, ovvero *de una linea ad alteram*, il savissimo Cardinale insegnò, che uno fu lo stipite stabilito dalla testatrice, tuttochè quattro eredi avesse scritti, e che non poteva quella controversia aver luogo, perchè sebbene i rami fosser due, nondimanco la linea era una: *Insinuabam, quod versabamur extra terminos istius quaestionis vere cadentis, ubi testator, vel concedens ab initio plures lineas constituit, quia nempe plures instituerit propriarum linearum stipites, ac separatas lineas constituturos, atque agatur de faciendo transire bona de una linea ad alteram diversam, qui est proprie casus quaestionis in proposito non cadentis, quum ageretur de reciproca inter personas ejusdem lineae... Dato enim unico stipite, quamvis inter ejusdem descendentes plu-* res

(a) *De fideic. disc.* 104. *num.* 6. *in fin.*

res lineae dividantur, attamen ad effectum, de quo agitur, dicitur unica, atque omnes, quamvis in diversos ramos, seu colonnellos divisi unam, eamdemque lineam constituere dicuntur, juxta communem, ac receptam distinctionem feudistarum, de qua in cap. 1. de duobus fratribus, & pluries in aliis ad hanc materiam, ac ceteris allegatis advertit Sperell. dec. 142. num. 29.

Ma che diraffi di Giuseppe de Rosa, che nelle parole trascritte dall' Avversario apertamente contraddice? Io ho già mostrato per un altro luogo del medesimo Autore, ch'e' non contraddice alla comunissima opinione sostenuta ultimamente dal de Luca: tanto è da maravigliare, che nel luogo dall' Avversario trascritto le contraddica. Se non che è più da maravigliare, che l'Avversario non l'abbia trascritto intero. Tra le parole (a): *ut quoties superest persona de uno stipite, seu colonnello, licet testatori remotior, non fiat ad alium transitus*, e quelle ultime, *neque ratio proximitatis testatoris hic locum habere potest, quia nimirum obstat modus succedendi ab eodem testatore praescriptus*, son frapposte quest' altre, *nam sicut in fideicommissis simpliciter successivis testator consideravit personas separatim sumptas, ita in HIS PRIMOGENIIS consideravit lineas, & stipites, ideoque id, quod dicimus in illis inter personam, & personam, ut una admissa, non possit alia admitti, nisi ea extincta, licet superveniat aliquis testatori proximior, ita, & in HIS dicimus inter lineam, & lineam, stipitem, & stipitem, ut uno admisso, non possit ad alium recurri, nisi primo extincto.* Non solo coteste parole si sono omesse, ma si è lasciato ancor di riflettere dal Difensore del Duca di Castelpagano, che le parole da lui trascritte son precedute da un lungo periodo, ove s' incomincia a parlare delle primoge-

(a) *d. Consult. 2. n. 25.*

geniture: il qual ragionamento profeguesi per le parole trascritte. Se di primogeniture parla il de Rosa, l'autorità sua non osta, anzi a ristabilire la comun sentenza mirabilmente conduce. Pone il de Rosa gran differenza
13 tra' majoraschi, e i fedecommessi semplicemente successivi. Ne' majoraschi si attende principalmente la linea, ed
14 espressamente si preferisce tutta una linea ad un'altra: si attende ancora l'età: e di quì è, che in essi si attendano anche i rami; poichè non potendo la linea preferita partirsi in più rami altrimenti, che per due figli del primo chiamato, de' quali uno necessariamente esser dee primogenito, l'altro secondogenito; è ben diritto, che, come tutta una linea si preferisce ad un'altra, così un ramo si preferisca ad un altro: e quà risguardano quelle parole, *& tunc quoniam a toto pars regulatur, quod inter lineam & lineam observatur, idem inter stipitem &*
15 *stipitem servari debet*. Di quì è ancora, che ne' majoraschi la prossimità del testator non si attenda, se 'l prossimo al testatore non sia nella linea, o nel ramo: e ciò per espressa volontà del testatore medesimo, che tutta una linea preferì ad un'altra, ed un ramo ad un altro: e quà risguardano quelle altre parole del de Rosa, *neque ratio proximitatis testatoris hic locum habere potest, quia nimirum obstat modus succedendi ab eodem testatore prae-*
16 *scriptus*. Ne' fedecommessi semplicemente successivi la cosa non va così, poichè non si preferisce in essi nè linea, nè ramo, nè età, ma si attende la sola prossimità o del gravato, come in alcuni casi si deve, o del gravante, come si dee nel nostro. Chiuderò questo Capo con un luogo del Card. de Luca (a), che gran lume aggiunge al detto fin quì: *Prima quaestio est illa proximitatis gradus, an scilicet explicite per hominem, vel implicite per legem vo-*

(a) *In summa fideic. n.* 226.

vocato proximiore, proximitas regulanda sit ex persona gravantis, vel ex illa gravati, agendo tamen de fideicommissis simplicibus, & ordinatoriis plurium simultaneum concursum non abborrentibus, atque per quandam speciem, seu ordinem intestatae successionis regulandis; quum in primogenituris, ac majoratibus diversa sit ratio, diversusque succedendi ordo ex praerogativa lineae magis, quam gradus, ac proximitatis, ut supra insinuatum est, quando de primogenituris, & majoratibus actum fuit.

CAPO III.

Nuova ragione; onde si mostra doversi preferire il Conte di Surbo al Duca di Castelpagano.

Sinora ho risposto al Contraddittore. Gli proporrò ora in favor del Conte di Surbo una nuova ragione. Ma per più chiaro intendimento delle cose, che a dir mi apparecchio, giova, che si rinnovi la memoria delle discendenze delle due figliuole di Giulio Pepe. Da Porzia nacque Giulio Severino Duca di Seclì, da Giulio è nato Marcello Conte di Surbo. Nacquer da Catterina Geronimo, e, tra le altre femmine, Livia; e di costei nacque Antonio Castrocucco. Sino all'anno 1737. i due maschi Giulio, e Geronimo nati dalle due sorelle Porzia, e Catterina dovevano esser contenti ciascuno della porzione della sua madre. Mancavano i maschi nati da' maschi, ed erano amendue cognati discesi immediatamente da femmine agnate. Ma morto senza figli Geronimo nell'anno 1737., non poteva la porzion di Catterina spettare ad Antonio Castrocucco figliuol di Livia, ma del tutto a Giulio si apparteneva, poichè costui era co-

gna-

gnato discefo immediatamente da femmina agnata, colui era cognato discefo immediatamente da donna cognata.

17 Che invitati ad un fedecommesso i maschi agnati, ed in lor difetto i cognati, qual' è 'l caso in cui siamo, si debba ne' maschi cognati attendere no 'l solo sesso, ma 'l mezzo unico, o doppio; vale a dire, che debbano preferirsi i maschi nati immediatamente da donna agnata a' maschi nati immediatamente da donna cognata, comecchè sia costei nata immediatamente da donna agnata, è massima insegnata da moltissimi ragguardevoli Au-

18 tori per quella fortissima congettura, che 'l più della gente amano più i maschi, che son loro attenenti per una, che per due donne: *Magis urget*, scrisse la Ruota Romana (*a*), *praesumta testatoris affectio erga masculum sibi attinentem per unicam*, *quam per plures feminas:* e più stesamente altrove (*b*): *Magis conjuncti sunt* (parla de' maschi nati immediatamente da donna agnata) *& minus ab adgnatione distant*, *& regulariter homines magis diligere solent masculum ex femina adgnata immediate procreatum*, *& ex una tantum femina sibi attinentem*, *quam alium ab adgnatione remotiorem*, *& per plures feminas conjunctum*. Parla la Ruota del testatore, che preferì gli agnati a' cognati: nel qual caso non ci ha Dottore, che non anteponga i figli delle femmine agnate a' più lontani discendenti delle agnate per lo mezzo delle cognate.

19 Ma non è men vera la massima nel caso, che, senz' alcun rispetto d'agnazione, la sola *mascolinità* si riguarda. Il Menochio (*c*), interpetrando quelle parole d'un testatore, *& eorum legitimos descendentes masculos*, scrisse: *Illa*

(a) *Decis.* 51. *super mat. de fideic. vol.* 2. *apud de Luc.*
(b) *Part.* 14. *recent. decis.* 233. *n.* 14.
(c) *Cons.* 172. *num.* 21. *&* 22.

Illa verba intelligi possunt altero de duobus modis: & primo de descendentibus masculis mediate, hoc est, ex feminis descendentibus a filiabus ipsius testatoris: secundo de descendentibus masculis immediate ex persona ipsarum filiarum . . . atque in dubio debemus intelligere de descendentibus masculis immediate. La *mascolinità* di coloro, che per una sola donna si attengono al testatore, od alla linea de' maschi, si ha per più perfetta, e per migliore della *mascolinità* di coloro, che si attengono per due. Così Larrea (a): *Quoties masculinitas attenditur, etiamsi admittatur masculus ex femina, praeferendum esse illum, qui una solum femina interposita jungitur lineae masculorum ei, qui duabus, aut pluribus feminis mediantibus succedit, quasi . . . majori perfectione masculinitas consideratur*. Così ancora il nostro giudiziosissimo Giuseppe de Rosa (b): *Imo Doctores voluerunt, quod vocatis masculis non solum masculi ex masculis, masculos ex feminis in concursu excluderent, sed etiam inter ipsos masculos ex feminis, si unus mediante una tantum femina institutori jungatur, alter vero mediantibus duabus feminis, ille, qui ex una tantum femina immediate procedit, praeferri debeat illi, qui ex duabus feminis successive procreatus est, quasi prior ille potiori modo masculinitatis qualitatem aliquo pacto adhuc retineat magis, quam iste*. Per cotesti principj fu giudicato pe' maschi congiunti per un mezzo solo alle persone predilette in Vinegia (c), in Granata (d), ed in Sicilia (e). E veramente dovendo nelle successioni prevalere la causa prossima ed immediata alla mediata, ed alla lontana, come in più luo- 20 21

(a) *Decis. Granat.* 54. *n.* 11.
(b) *Consult.* 69. *num.* 217.
(c) *Larrea loc. cit.*
(d) *Larrea loc. cit.*
(e) *De Rosa loc. cit.*

ghi delle Opere sue insegna il Card. de Luca (a), e come per più esempj tratti dal Gius Romano, e municipale agevol sarebbe a mostrare; meno estraneo, e più diletto esser deve al testatore il maschio nato immediatamente da donna agnata, e più estraneo, e men diletto il maschio nato immediatamente da donna cognata: il che suole da' Dottori illustrarsi per l'esempio d'un innesto. Certamente innestandosi una pianta in un'altra, il frutto partecipa dell'una, e dell'altra specie; ma se una diversa pianta nella innestata s'innesti, il frutto poco, o nulla ritiene del primo tronco. Or tutto ciò si verifica nel testamento di Livio Pepe. Costui privilegiò tanto il miglior sesso, che nella discendenza così de' maschi, come delle femmine preferì i maschi alle donne: e privilegiò cotanto sopra il sesso maschile la sua agnazione, che preferì le femmine da' maschi a' maschi dalle donne.

Per cotesta ragione, e per le altre da me proposte in questa mia breve, e tumultuaria Scrittura è entrato il Conte di Surbo in bella speranza di ottenere i beni, che già spettarono a Catterina Pepe: e somma essendo la sapienza, e la rettitudine de' Signori Giudicanti, come può mai temer'egli di rimaner deluso?

Di Casa il dì 15. di Maggio dell'anno 1753.

Per

(a) *De success. ab intest. disc. 3. n. 10., disc. 11. n. 3., & disc. 16. n. 3.*

Per la Duchessa di Alanno D. Anna Maria Leognani Ferramosca contra D. Antonio, e D. Egidio Leognani Ferramosca.

A R G O M E N T O.

I. Si dimostra, che ne per le due Prammatiche XXXIII. e XXXIV. *de feudis*, nè per la Grazia dell' Imp. Carlo VI. dell' anno 1720. fu a' feudatarj accordata la facoltà di escludere con sustituzion fedecommessaria dalla succession feudale le femmine da se discendenti in grazia di que' maschi, che a tenore dell' investitura, e secondo le Leggi feudali sarebbono da quelle femmine esclusi.

II. Invitandosi la linea maschile non si esclude la femmina nata dal maschio: ed escludendosi la linea femminina non si esclude la femmina agnata, massimamente quando contemplasi il favor del cognome.

III. La negativa condizione *si sine filiis* non s' intende ripetita negli ulteriori discendenti, dove il caso porti, che 'l gravato del fedecommesso sotto tal condizione sia morto con figli: e la mancanza di detta negativa condizione fa svanire tutte le altre sustituzioni, ancorchè fossero molte, e di più gradi consecutivi, e dipendenti; ed ancorchè siasi contemplata l' agnazione, ed usate formole dinotanti perpetuità. In questo rincontro si esamina il famoso Consiglio XXI. di Oltrado.

SOMMARIO.

1 *PRima della Prammatica XXXIII.* de feudis *non poteano i feudatarj, senza un particolare assenso del Principe, disporre del corpo del feudo. Cosa era loro permessa.*

2 *Il prezzo del feudo si ha per cosa meramente allodiale.*

3 *A' feudatarj è oggi permesso il poter disporre del corpo del feudo. Ma questa facoltà non è la stessa per rispetto del successore collaterale, che per rispetto del successore discendente.*

4 *Il feudatario non può gravare il successore discendente sul prezzo intero del feudo: può, per l'opposto, gravare il successore collaterale.*

5 *La grazia accordata a' feudatarj colla detta Prammatica XXXIII. riguarda il poter disporre per atti tra' vivi, o di ultima volontà del corpo del feudo a benefizio de' maschi in esclusione delle femmine più prossime in grado.*

6 *Nel tempo, che venne fuori la Prammatica XXXIII. nacquero due dubbj: l'uno, se la permessa esclusion della femmina fosse da intendere della sola femmina collaterale, o comprendesse ancora la femmina discendente: l'altro, in qual senso prender si dovesse il verbo* disporre. Ved. il num. 21.

7 *Tuttochè da taluni creduto si fosse, che compresa nella permessa esclusione era non meno la femmina discendente, che la collaterale, e si fosse ancora in alcuni casi giudicato così; nondimeno l'opinion de' più dotti è stata, che della sola femmina collaterale intender si dovesse la suddetta Prammatica XXXIII.* Nel num. seg. *se ne rapporta una decisione del S. R. Consiglio dell' anno* 1684. e nel num. 10. e seg. *se ne allegano le ragioni.*

9 *L'interpetrazion della grazia dal Principe conceduta contra*

tra le regole del jus comune, convien, che si riservi allo stesso Principe.

10 *La condizion de' discendenti, nel dubbio, è tanto migliore della condizione de' laterali, che dove questi (non facendosi di essi menzione) s' intendono esclusi, quegli esclusi non s' intendono, se non si escludono espressamente.*

11 *Le parole* in gradu successibili, & proximiori *propriamente convengono ai laterali, la cui successione a certi gradi è ristretta. I laterali vengono alla successione per diritto di prossimità.* Ved. il num. 13.

12 *La successione de' discendenti va sino all' infinito.*

14 *Generalmente vaglion poco le congetture non nascenti dalle parole, anche nelle ultime volontà.*

15 *Le ultime volontà* plenius interpretantur.

16 *Le grazie dal Principe concedute non di proprio moto, ma a suppliche altrui, ed esorbitanti dal comun diritto, debbonsi interpetrare come suona la lettera, senzachè alcun conto si tenga di maggioranza, non che d' identità di ragione.*

17 *Avvegnachè dubitato si fosse, se per lo verbo* Disporre *s' intendesse a' feudatarj accordata la facoltà di escluder la donna prossimiore colla sustituzion volgare, o pupillare; nondimeno si è sempre dai più dotti creduto, che la facoltà data a' feudatarj per detto verbo* Disporre *era ristretta al solo primo caso della successione, e che per conseguenza non poteasi estendere alla sustituzion fedecommessaria.*

18 *In virtù della Prammatica XXXIV.* de feudis *fu data a' feudatarj la facoltà di fondar majoraschi sopra i feudi* infra terminos tamen successionis permissae.

19 *Si rigetta l' opinione del Rodoerio, il quale dalle parole della detta Prammatica XXXIV. dedusse la perpetua esclusion delle femmine.* Ved. i num. seg.

20 *Ne'*

20 *Ne' tempi del Re Filippo IV. era ristretta la successiom feudale al terzo grado, e dal medesimo ne fu conceduta l' ampliazione dal terzo al quarto.*

21 *Trascrizione delle parole della supplica data dalla Città di Napoli, e dal Baronaggio all' Imp. Carlo VI., e delle parole dell' Imperial Rescritto dell' anno 1720.*

22 *Due grazie si chiesero all' Imp. Carlo VI., l' una, che si potesse escludere in favor del maschio agnato anche la femmina discendente, o 'l maschio discendente dalla femmina: e questa, per rispetto della femmina discendente, si ottenne. L'altra, che si potessero escludere a perpetuo con sustituzioni fedecommessarie le femmine, e i loro discendenti: e questa fu negata.*

23 *Invitandosi la linea maschile non si esclude la femmina nata dal maschio: ed escludendosi la linea femminina, comechè si escludano i discendenti dalla femmina, non si esclude però la femmina agnata, massimamente quando contemplasi il favor del cognome, che nella femmina agnata è lo stesso, che nel maschio.*

24 *Le voci* famiglia, *ed* agnazione *vagliono lo stesso appresso Ulpiano.*

25 *La femmina nata dal maschio agnato è di certo (sino a tanto, che vive) nella famiglia, e nell' agnazione, in cui era il maschio.* Ved. il num. seg.

26 *La femmina è 'l fine della famiglia.*

27 *Dove nominatamente sono chiamati i maschi da' maschi, o i maschi della linea maschile, vengono escluse le femmine.*

28 *La negativa condizione* si sine filiis *non s' intende ripetita negli ulteriori discendenti, dove il caso porti, che 'l gravato del fedecommesso sotto tal condizione sia morto con figli; perchè l' esistenza di costoro fa mancare la detta condizione: e cotesta mancanza fa svanire tutte le altre sustituzioni, ancorchè fossero molte, e di*

più

più gradi consecutivi, e dipendenti: ed ancorchè siasi contemplata l'agnazione, ed usate formole dinotanti perpetuità. Ved. il num. seg., e i num. 30. 31. 32. 39. 41. e 42.

29 *Si spone il caso del famoso* Consiglio XXI. *di Oldrado.*

30 *Si additano i Dottori, che scrissero nello stesso caso dell' Oldrado, per la estinzion del fedecommesso, e per la libertà della roba: e se ne rapportano ancora varie decisioni.*

31 *Le condizioni per presunzioni e congetture ben possono estendersi da caso a caso, ma non già da persona a persona.*

32 *Sebbene sott' il nome di eredi regolarmente vengono gli eredi degli eredi, nondimeno, trattandosi di fedecommesso, per cui gli eredi si gravano, non è 'l gravame da estendersi da' primi eredi agli eredi degli eredi, se ciò non si esprima.*

33 *Il pronome* Meus *dimostra il tempo presente non già il futuro, ed ha forza di restringere il significato di quella voce antecedente, cui siasi aggiunto, v. g.* Heredum meorum, *cioè de' soli principali e primi eredi esistenti nel tempo del testamento, esclusi gli eredi secondarj, e del tempo futuro.* Ved. il num. 40.

34 *La regola, che, caducato ne' fedecommessi il primo grado, non si caducano i seguenti, cessa in alcuni casi; e quali siano.*

35 *Nella sustituzione volgare, caducato il primo grado, comincia la disposizione dal secondo.*

36 *Nella fedecommessaria sustituzione, in virtù di cui dee l'uno, morendo, restituire all' altro, perchè, caducato il grado antecedente, non s' intenda caducato il seguente, basta, che ci sia chi possa restituire.* Nel num. 37. *se ne reca l'esempio.*

38 *Nella sustituzione fedecommessaria, se si caduca il grado*

do del primo gravato, dal quale dee principiare la restituzione, si caducano tutti i gradi seguenti, perchè non ci è chi possa restituire.

40 *Il fedecommesso perpetuo, in virtù delle formole tassative, si ha per temporario: e la disposizione, in vigore delle medesime tassative, si ha per ristretta a certe, e determinate persone, la quale, senza tali tassative, sarebbe universale.*

43 *Proponesi la regola onde conoscer si possa quando la contemplazion della famiglia operi, che 'l fedecommesso sia assoluto, e perpetuo; e quando il renda temporario, e ristretto ai gradi, ed alle persone in primo luogo specificate.*

44 *Dove la donazione non sia accettata, nulla si acquista.*

ALLEGAZIONE XII.

GRave lite si accese nel S. C. tra 'l Duca di Alanno D. Ignazio Leognani Ferramosca, e 'l suo fratel germano secondogenito D. Domenico. Diè poi fine alla lite un pubblico istrumento del dì 10 del mese di Luglio dell'anno 1759, nel quale, precedente il parere dato in iscritto dagli Avvocati dell' uno, e dell' altro, fecesi la division de' beni, che si erano fino a quel dì posseduti in comune. Erano tra questi i beni pervenuti da Valenzia Alati, e da Giannandrea, da Antonio, e da Egidio Leognani Ferramosca, per rispetto de' quali riservarono essi a' futuri chiamati le ragioni, che fosser loro spettate in virtù de' fedecommessi da que' quattro instituiti. Seguita appena nel mese di Decembre dello stesso anno la divisione de' beni piacque a D. Domenico di sperimentarle nel S. C., ma dategli appena dal Duca D. Ignazio le convenevoli risposte non si andò poi più in là. Nel dì 16 del mese di Novembre dell'anno 1761 morì

morì D. Domenico. Morì poi il Duca D. Ignazio nel dì 12 dell' anno 1770. D. Domenico, oltre due femmine, lasciò due figli maschi D. Antonio, e D. Egidio. Il Duca D. Ignazio lasciò la sola odierna Duchessa di Alanno D. Anna Maria, per cui ora scrivo. Quattro mesi dopo la morte del Duca D. Ignazio, e propriamente addì 2 del mese di Maggio, pretese nel S. C. la Baronessa D. Teresa Torres madre, e tutrice de' suddetti D. Antonio, e D. Egidio, ch' essendo morto senza maschi il Duca D. Ignazio, spettava a' suoi figli maschi quella parte de' beni sottoposti a' soprammentovati fedecommessi, ch' era stata nel suddetto istrumento al detto Duca assegnata, e di essa tutto il feudale al solo D. Egidio, giacchè n' è D. Antonio escluso dal chericato, e 'l burgensatico all' uno egualmente, che all' altro. Questo è lo stato della causa: ed ecco mi fo io ad esaminare, secondo l' ordine de' tempi, tutti cotesti fedecommessi.

Del fedecommesso di Giannandrea Leognani Ferramosca.

Giannandrea Leognani fu fratel germano di Marcantonio. Da Marcantonio, oltre sei femmine, nacquero tre maschi Diomede, Egidio, ed Antonio; e da Diomede i soprannominati Duca D. Ignazio, e D. Domenico Leognani. Del fedecommesso di cotesto Giannandrea, che soli burgensatici comprende, nel detto istrumento di divisione è scritto così: *Dispose il Chierico D. Giannandrea de' suoi beni ordinando un fedecommesso a pro di tutti i maschi discendenti da Marcantonio suo fratello.* Poichè dunque la Duchessa D. Anna Maria, figlia del Duca D. Ignazio, e D. Antonio, e D. Egidio, figli di D. Domenico, discendenti sono di Marcantonio, e 'l fedecommesso fu da Giannandrea ordinato a benefizio della li-

nea di qualità contenente tutti, e i soli maschi della discendenza in qualunque colonnello si trovino; è chiaro, che la parte de' suddetti beni, che 'l Duca D. Ignazio ha, come maschio, posseduti per tutta sua vita, si deferì dal giorno, in cui e' morì senza maschi, a D. Antonio, ed a D. Egidio. Così la Baronessa D. Teresa Torres a nome de' figli.

Ma dov'è la carta autentica di cotesta disposizione del Cherico Giannandrea? Negli atti della causa non si è ancora esibita: nè perchè si mentova nel detto istrumento di divisione, necessariamente ne dee seguire, che ci sia stata mai al mondo. Com' è da credere, che ne abbia il S. C. a giudicare standone alla privata fede de' contraenti, e de' loro Avvocati? Molto meno ne può seguire, che tal sia la disposizione, qual ci viene in quell' istrumento descritta. Chi ci assecura, che ordinò colui il fedecommesso a benefizio della linea di qualità contenente tutti, e i soli maschi della discendenza di Marcantonio? Chi ci assecura, che vi furono dal fedecommettente compresi a perpetuo tutti i gradi della discendenza, e tutti i suoi beni? Chi ci può mai assecurare, che non vi fu apposta una qualche condizione, la quale oggi è mancata? Dunque esibisca la Baronessa D. Teresa Torres l'autentica carta della pretesa disposizione, e le si darà la convenevol risposta.

Del fedecommesso di Valenzia Alati.

COstei fu moglie di Marcantonio Leognani, ed ebbe beni burgensatici, e feudali, de' quali nella istituzion dell' erede fece espressa menzione. Scrisse eredi Diomede, Egidio, ed Antonio suoi figli: indi soggiunse: *Morendo uno delli suddetti medesimi miei eredi senza figli legittimi e naturali l'uno debba succedere all' altro, e*

l'al-

l'altro all'uno della linea mascolina tantum, escludendo in tutto, ed affatto dalla successione la linea femminina, e qualsivoglia persona estranea, che volesse entrare per viam contractus, aut successionis in detta eredità, cum onere fideicommissi in perpetuum sopra tutti li miei beni stabili ereditarj, proibendo anche qualsivoglia detrazione di Falcidia, Trebellianica, e qualunque altro titolo e ragione di successione nelle famiglie estranee, volendo, che la detta sua eredità debba sempre mantenersi nella famiglia Leognani Ferramosca in perpetuum. Ecco invitata alla successione la sola *linea mascolina*, che costa di soli maschi nati immediatamente da' maschi: ecco esclusa nominatamente la *linea femminina*, in cui è la Duchessa di Alanno. Così la Baronessa D. Teresa Torres.

Ma per rispetto de' beni feudali non potea Valenzia Alati escludere la Duchessa di Alanno, e per rispetto non men de' feudali, che de' burgensatici nol volle. E per quel che si appartiene a' feudali, chi ha data a' feudatarj la potestà di escludere con una sustituzion fedecommessaria dalla succession feudale le femmine da se discendenti in grazia di que' maschi, che a tenore della investitura, e secondo le Leggi feudali sarebbono da quelle femmine esclusi? Non la Prammatica XXXIII, non la Pramm. XXXIV *de feudis*, non la Grazia dell'anno 1720. Prima dell'anno 1595, ch'è l'anno della Pram. [1] XXXIII, non poteano i feudatarj, senza un particolare assenso del Principe, disporre del corpo del feudo: era solamente permesso loro di gravare il successore sul prezzo di esso, che aveasi, qual è in fatti, per cosa meramente allodiale (a), il che molto più vien loro permesso oggi, che del corpo ancora del feudo posson disporre: [3] se non che cotesta facoltà non era allora, e non è oggi,

(a) *De Franchis decis. 64. num. 3.*

la stessa per rispetto del successore collaterale, che per
4 rispetto del successore discendente. Per rispetto di questo
non poteva, nè può sostenersi il gravame sul prezzo intero
del feudo, perchè così gli si torrebbe la legittima,
che non gli si può torre per Legge: per rispetto di quello
ben si sosteneva, e si sostiene, che che si dica il de
Curte, che crede doversi al successore, tuttochè non discendente,
lasciar tanto, che possa militare, meritamente
5 ripreso dal Rocco (a). Primamente il Re delle Spagne
Filippo III nel caso, che vi fosse una femmina,
cui, come a più prossima in grado, il feudo spettasse,
e vi fosse un maschio, che, non essendovi la femmina,
sarebbe l'immediato successore, fece loro la grazia nella
citata Pr. XXXIII di poter *disporre* per atti tra' vivi, o
di ultima volontà del corpo del feudo a benefizio del
6 maschio, esclusa del tutto la femmina. Venuta fuori cotesta
Prammatica nacquer due dubbj: l'uno, se la permessa
esclusion della femmina fosse da intendere della
sola femmina collaterale, o comprendesse ancora la femmina
discendente: l'altro, in qual senso prender si dovesse
7 il verbo *disporre*. E quanto è al primo dubbio,
sebbene si fosse da taluni creduto, che compresa nella
permessa esclusione era non meno la femmina discendente,
che la collaterale, e si fosse ancora in alcuni casi
giudicato così; nondimeno l'opinion de' più dotti è stata
maisempre questa, che della sola femmina collaterale
intender si dovesse la suddetta Pramm. XXXIII: nè si è
tenuto mai conto di quel, che talvolta si è giudicato in
contrario, conciosiachè siesi giudicato così ne' termini di
mero possessorio a tenore della *L. finale C. de Edicto
Div. Hadr. toll.*, ne' quali termini non altrimente poteasi
negare l'immissione al maschio scritto erede in virtù
della

(a) *De offic. rubr.* 13. §. *Sextus casus num.* 37.

della Grazia, che per lo vizio visibile della scrittura (*a*). Ma essendosi poi nell' anno 1684 fuori di cotesti termini discusso l' articolo nella causa della successione pretesa da D. Giovanna Laudati ne' feudi di Marzano, e Marzanello, il decreto interposto dal S. C. a due Ruote fu, *Fiat consultatio S. C. M.* (*b*). Nè altro decreto era da fare. Trattavasi di una grazia dal Principe conceduta a' feudatarj contra le regole del jus comune feudale: nel qual caso l' interpetrazion della grazia convien, che si riservi all' istesso Principe: *Beneficia Principalia*, dice il giurisconsulto Paolo (*c*), *ipsi Principes solent interpretari*. Non altrimente il giurisconsulto Celso (*d*): *Quem modum esse beneficii sui (Princeps) vellet, ipsius aestimationem esse*. Del rimanente agevolissima era l' interpetrazion della Grazia a favore della femmina discendente. Nel dubbio è la condizion de' discendenti tanto migliore della condizione de' laterali, che dove questi, perchè non si fa di essi menzione, s' intendono esclusi, quelli non s' intendono esclusi, se non si escludono espressamente. Bella pruova fanno di ciò le due notissime Leggi *quum avus ff. de cond. & dem.*, e *quum acutissimi C. de inst. & subst.*, le quali da' discendenti non si estendono a' laterali. E se ci è chi mi dice, che quel, che nel caso di coteste Leggi opera la congettura dell' amore di un ascendente, operar non può nel caso della Pr. XXXIII la congettura della volontà del Principe; gli rispondo, che avendo il Re Filippo III conceduta la Grazia a petizione de' feudatarj, e secondochè costoro l' aveano chiesta, non altra congettura è da attendere, che della volontà de' feudatarj: e po-

8

9

10

(a) *V. Marad. decis. feud.* 3. *num.* 4.
(b) *V. Marad. in cit. decis. num.* 74.
(c) *L. ex facto* 43. *pr. de vulg.*
(d) *L. Neratius* 191. *de reg. jur.*

e posto ciò debbono nel caso ancora della Grazia le due sopraccitate Leggi aver luogo. Ma molto più chiara a favore delle femmine discendenti è nel caso della Grazia la volontà de' feudatarj, che non fu a favore de' discendenti la volontà dell' avo nel caso di quelle Leggi. Nel testamento di quell' avo a favore de' discendenti operò la congettura della volontà senza l' ajuto di alcuna espressione, e forse ancora contra lo stretto significato delle parole: nel caso della Grazia operano a favore delle femmine discendenti la congettura della volontà, e le parole de' feudatarj. Nella *Supplica* della Città, e del Baronaggio si dice: *La M. V. si degni abilitare i feudatarj a disporre de' feudi in beneficio di quel maschio delle loro famiglie, il quale nel tempo della disposizione succederà non essendoci femmina in proximiori gradu, non ostante che ci fossero donne similmente in gradu successibili, & proximiori*. Le parole *in gradu successibili, & proximiori* propriamente convengono alle donne laterali, la cui successione a certi gradi è ristretta, a differenza della successione delle discendenti, che va fino all' infinito (*a*): nè di altri, che de' laterali ne' Libri delle Leggi è scritto, che vengono alla successione per diritto di *prossimità* (*b*). Soggiungesi nella Supplica: *Alle quali donne possa detto feudatario sopra detti suoi feudi stabilire tanto, quanto gli parrà per sua dote, o essendo maritata per amorevolezza di donarle e lasciarle*. Non ci è parola, che convenir possa a donne discendenti: nè ci è parola, che non convenga alle sole laterali. Per rispetto di queste sta ben detto *possa*, ch' è voce di mera facoltà: per rispetto di queste sta parimente ben detto, *tanto quanto gli parrà per*

(a) *V. Marad. in cit. decis. 3. num. 3.*

(b) *L. 5. C. de legit. her., & §. ult. Inst. de success. cognat.*

per sua dote: e finalmente per rispetto di queste sta ben detto, *per amorevolezza donarle*, non così per rispetto di quelle, cui voglia, o non voglia, è per disposizion di Legge tenuto il feudatario di lasciar la legittima. Ultimamente dicesi nella Supplica: *Questa Grazia al suo Real patrimonio non apporterà danno alcuno, atteso che come succederebbe la femmina, succede il mascbio, nè pure si causerà molto danno alle dette femmine, potendo oggi il feudatario gravarle sopra il feudo usque ad valorem feudi*. E chi oserà di dire, che poteano gravarsi le femmine discendenti *usque ad valorem feudi*, cioè senza dar loro la legittima?

Non osta, che la causa, per cui dalla Città, e dal Baronaggio si chiese la Grazia, fu questa, che *i feudi in molto tempo, e con molte fatiche e servizj acquistati in un punto si perdeano succedendo in essi le donne, le quali si casavano in famiglia aliena*, come leggesi nel principio della *Supplica;* la qual causa non meno nelle discendenti, che nelle femmine laterali ha luogo. Non osta, io dico, perchè sebbene aver potrebbe luogo in queste, ed in quelle, nondimeno la stessa Città, e lo stesso Baronaggio soggiungendo nella stessa brevissima *Supplica* tre diverse clausole così proprie delle sole femmine laterali, che non posson mai trarsi alle discendenti, chiaro mostrarono di esser contenti, che nelle sole laterali si verificasse. E quandochè la cosa non istia così, chi non vede, ch'e' contraddicono a se medesimi? E chi potrebbe scusare in un sì corto giro di parole una sì manifesta contraddizione? Si aggiunge, che coloro, i quali voglion comprese nella Prammatica le femmine discendenti, non possono altro allegare, nè altro allegano, che una sola congettura tratta non dal proprio significato delle parole, ma dalla suddetta causa finale, che se non si verifica nelle femmine discendenti, ben si verifica nelle

la-

laterali: al contrario coloro, che ne le traggon fuori, tre gravi congetture allegano nascenti dal proprio signi-
14 ficato delle parole. Generalmente vaglion poco, ed a giudizio di Antonio Fabro (*a*) nulla vagliono, le congetture non nascenti dalle parole, anche nelle ultime vo-
15 lontà, che, come Paolo dice (*b*), *plenius interpretantur*.
16 E che direm poi, quando si tratti d' interpetrar Grazie esorbitanti dal comun dritto, e dal Principe concedute non di proprio moto, ma a suppliche altrui? Non ci è chi non insegni esser queste da intendere, come suona la lettera, senzachè conto alcuno si tenga di maggioranza, non che d' identità di ragione (*c*).

17 Quanto è poi al senso del verbo *disporre*, comechè si fosse dubitato, se s'intendesse per esso data a' feudatarj la facoltà di escluder la donna prossimiore colla sustituzion volgare [la qual controversia meglio, che altri ha trattata il Rodoerio (*d*)] e se s' intendesse data loro la facoltà di escluderla colla sustituzion pupillare [il qual punto fu sul fine del passato secolo da più valentuomini del nostro foro assai bene esaminato nella causa della successione dello Stato di Andria (*e*)] nondimeno si è sempre dai più dotti creduto, che la facoltà data a' feudatarj per lo verbo *disporre* era ristretta al solo primo caso della successione, e che per conseguenza non poteva estendersi alla sustituzion fedecommessaria. Poichè dunque da' beni feudali di Valenzia Alati per una sustituzion fedecommessaria si pretende esclusa la Duchessa di Alanno, è chiaro, che se avesse colei voluto a cotesto modo

(a) *V. Fabr. de conject. lib.* 14. *cap.* 2. & 3.
(b) *L. in testamentis de reg. jur.*
(c) *V. Marad. d. decis. num.* 11. &c.
(d) *Ad Pr.* 33. *de feud. cap.* 24.
(e) *Rodoer. ad cit. Pr. cap.* 25. & 26.

modo escluderla, nulla sarebbe in virtù della Pr.XXXIII *de feudis* una sì fatta disposizione per difetto di potestà.

Nè quando anche le femmine discendenti fosser comprese nella Pr. XXXIII potrebbe la sustituzion fedecommessaria di Valenzia Alati in alcun modo sostenersi per la Pr. XXXIV, nella quale il Re delle Spagne Filippo IV, a suppliche ancora della Città di Napoli, e del Baronaggio, diè a' feudatarj la facoltà di fondar majoraschi sopra i feudi *infra terminos tamen successionis permissae*. 18

So, che 'l Rodoerio, ponendo mente a quelle parole della Supplica, *En esto caso, que toca a la conservacion de las Casas y Familias*, ed alla natura ancora de' majoraschi, e de' fedecommessi opinò (*a*), che la perpetua esclusion delle donne venisse *per resultantiam, aut per necessarium consequens ad facultatem instituendi mojoratus, & fideicommissi, quae potissimum in id intendunt, ut opes in familiis propriis conserventur*. Ma falsa del tutto è questa opinione o si attenda il tenore della *Supplica* data al Re Filippo IV, o 'l tenore del Real rescritto si attenda. Ne' tempi del Re Filippo IV aveano i feudatarj la facoltà di escludere la donna prossimiore in grazia del maschio, che, non essendovi la donna, sarebbe stato l' immediato successore: nè si dubitava, che in virtù di cotesta facoltà una sola donna escluder poteano, e nel solo primo caso della successione. Or se, quando i feudatarj di una nuova grazia supplicarono il Re Filippo IV, avessero desiderata la facoltà di escludere non una sola donna allora esistente, e nel solo primo caso della successione, ma tutte, quante ne sarebber mai nate, ed in tutti i casi ancora, avrebbono, senz'alcun dubbio, mentovata la *Grazia* del Re Filippo III, e chiesta ne avrebbono l' ampliazione da una a più donne, e da uno a 19

(a) *Ad Pr. 33. de feud. cap. 27. num. 3.*

più casi, come fecero nella stessa *Supplica* per rispetto
20 del grado. Era ne' tempi del Re Filippo IV ristretta la
successione feudale al terzo grado. Or di cotesta restrizione
fecer quivi i feudatarj espressa menzione, e ne
chiesero espressamente l'ampliazione dal terzo al quarto:
e'l Re Filippo rescrisse: *Concedimus ampliationem & extensionem
praedictam in successionibus feudorum eodemmet
modo & forma in praeinserto supplici libello contentis*.
Che se nulla dissero di voler' estesa la Pr. XXXIII da
disposizione a disposizione, e da persona a persona, come
può dire il Rodoerio, che'l vollero? Chi è, che volendo
una grazia, ed una grazia cotanto esorbitante dal
dritto, potendola chiedere con chiarezza, voglia chiederla
in modo, che, venendogli un giorno contesa, e' l'abbia
a provare *per resultantiam*, *aut per necessarium consequens*,
come il Rodoerio la prova? Non è poi vero, che
dalle parole della Supplica, *En esto caso*, *que toca à la
conservacion*, *delas Casas*, *y Familias* necessariamente ne
segua la perpetua esclusion delle femmine, ben potendo
co' majoraschi, e co' fedecommessi torsi a' feudatarj successori
la facoltà di alienare i feudi, e conservarsi a cotesto
modo il lustro delle *Case* e delle *Famiglie*.

21 Ma di qualunque dubbio ci traggono la *Supplica*
data dalla Città, e dal Baronaggio all' Imp. Carlo VI,
e l'Imperial rescritto dell' anno 1720. Nella *Supplica* si
disse, che dopo le Prammatiche XXXIII, e XXXIV *de
feudis* erasi *ne' Tribunali difficoltato*, *se comprendessero l'
esclusione così della femmina di linea discendente*, *come
del maschio discendente dalla femmina*, *e se si poteva alterare
l'ordine della successione feudale:* indi si supplicò *a
togliere tutte le dette*, *ed altre controversie con dichiarare*,
e concedere espressamente, *che si potesse anche per via di
sustituzione diretta*, *o fedecommessaria pura*, *o condizionale
disponere de' feudi con esclusione non solo della femmina*
in-

immediata, o del maschio discendente dalla femmina . . . ma anche perpetua nelle femmine, e loro discendenti ec.: e 'l rescritto fu questo: *Placet, Gratiam concessam Pr. XXXIII de feudis, cujus vigore possunt feudatarii, quibus ex Legibus Regni essent feminae successurae, illis postbabitis, instituere proximiorem masculum, cui, dictis feminis non extantibus, deferenda esset successio, procedere ac vires habere, quamvis agatur de filiabus, aut aliis feminis descendentibus ab ultimo possessore*. Due Grazie si chiesero all' Imp. Carlo VI, l'una, che si potesse escludere in favore del maschio agnato anche la femmina discendente, o'l maschio discendente dalla femmina: e questa, per rispetto della femmina discendente, si ottenne: l'altra, che si potessero escludere a perpetuo con sustituzioni fedecommessarie le femmine, e i loro discendenti: e questa come fu chiaramente chiesta, così fu chiaramente negata, perchè l'Imperadore nulla rispose a quel, che diceasi della Grazia del Re Filippo IV, donde nascea la pretensione della perpetua esclusion delle femmine, e solamente rispose al dubbio nascente dalla Grazia del Re Filippo III, che certamente parlava della sola femmina esistente nel tempo della disposizione, ed a cotesto dubbio rispose col verbo *instituere*, il cui significato è ristretto al solo primo caso della successione. 22

Nè 'l solo difetto della potestà osta per rispetto de' beni feudali all'azion dedotta dalla Baronessa Torres: le osta ancora pe' feudali, e pe' burgensatici il difetto della volontà. La sustituzion fedecommessaria fu dalla testatrice ordinata colla seguente condizione, *Morendo uno de' suddetti medesimi miei eredi senza figli legittimi e naturali:* la qual condizione, essendo il Duca D. Ignazio morto con figli, mancò del tutto: seguentemente nella persona della Duchessa D. Anna Maria la sustituzion si estinse. E non osta, ch' e' morì senza maschi, perchè disse

la teſtatrice, *Morendo ſenza figli legittimi e naturali*, le quali parole, ſecondo il proprio loro ſignificato, comprendon di certo anche le femmine: nè dal proprio ſignificato delle parole può 'l buono interpetre dipartirſi altrimente, che quando ſia *manifeſtamente* contraria la volontà del teſtatore. Queſta regola ci dà il giuriſconſulto Marcello (a): *Non aliter a ſignificatione verborum recedi oportet, quam quum MANIFESTUM eſt aliud ſenſiſſe teſtatorem*. E chi è, che abbia per coſa *manifeſta*, che Valenzia Alati dicendo, *Senza figli legittimi e naturali*, aveſſe inteſo di dire, *Senza figli maſchi?* Pretenderà certamente il dotto Contraddittore eſſer da intendere le parole, *Senza figli legittimi e naturali*, come ſe ſi foſſe ſcritto, *Senza figli maſchi*: e 'l pretenderà per argomento tratto dall'avere la teſtatrice invitata alla ſucceſſione la *linea maſcolina*, dall'avere eſcluſa la *linea femminina*, e dall'aver contemplato il favore della *famiglia Leognani Ferramoſca*. Ma coteſto argomento non può trarci di dubbio, perchè, a giudizio di molti, e gra-
23 vi Dottori, invitandoſi la *linea maſcolina* non ſi eſclude la femmina nata dal maſchio: ed eſcludendoſi la *linea femminina*, comechè ſi eſcludano i diſcendenti dalla femmina, non ſi eſclude però la femmina agnata, maſſimamente quando contemplaſi, come nel caſo noſtro, il favor del cognome, che nella femmina agnata è lo ſteſſo, che nel maſchio: onde, ſe tutt'altro mancaſſe, a giudizio di coteſti Dottori, almen durante la vita della Ducheſſa di Alanno, non potrebbe ſpogliarſi della roba, per cui ſi contende. Tratta un tal punto, tra gli altri, il Fuſario (b). Propone egli in primo luogo (c) l'opinione da

(a) *L. non aliter 69. de leg. 3.*
(b) *De ſubſt. q. 346.*
(c) *Num. 12.*

da molti tenuta, che, *quando vocata esset linea masculina, vel descendentes per lineam masculinam, vel per virilem sexum, tunc feminae non veniunt descendentes ex masculis:* in secondo luogo (*a*) propone la contraria sentenza: *Contrariam sententiam, quod feminae veniant, quando vocati sunt descendentes per lineam masculinam, vel de linea masculina, vel a linea masculina, vel virilis sexus, vel per virilem sexum, probarunt alii gravissimi Jurisconsulti:* e ben molti ne cita, tra' quali sono il Cevallos, che ha questa seconda sentenza per *più vera:* il Pinelli, che l' ha per *più vera*, per *più equa*, per *più comune;* e 'l Peregrino, che la conferma ancora per un esempio di cosa giudicata. Nè dispreggevole è la ragione in cui si appoggia. Chi chiama la linea mascolina vuol, che sua roba non esca dalla *famiglia*, e dall' *agnazion* sua: **24** le quali due voci vaglion lo stesso appresso Ulpiano, che scrive (*b*): *Communi jure familiam dicimus omnium adgnatorum*. Or la femmina nata dal maschio agnato è di **25** certo, fino a tanto che vive, nella famiglia, e nell' agnazione, in cui era il maschio. In quel luogo della Legge delle XII Tavole, *Adgnatus proximus familiam habeto*, non è da dubitare, che la voce *agnatus* comprende come il maschio, così ancora la femmina nata dall' agnato: ed essendosi ne' tempi dell' Imp. Alessandro dubitato, se proibita l' alienazione di alcuni fondi *extra familiam*, potesse il fratello donargli alla sorella; l' Imperadore rescrisse (*c*): *Voluntas patris probibentis liberos fundos extra familiam vendere, vel pignori dare, fratrem sorori donare probibuisse non videtur:* e quanto volgare, **26** altrettanto vero è quel detto, esser la femmina il *fine*

della

(a) *Num. 19.*

(b) *L. pronunciatio 195. §. 2. de verb. sign.*

(c) *L. voluntas 4. C. de fideicommiss.*

della famiglia (a); e perciò nella famiglia, e nell' agnazione non men, che 'l maschio, compresa. Dunque per avere Valenzia Alati al fedecommesso invitata la linea mascolina, per aver esclusa la femminina, e per aver contemplato il favore della famiglia non si toglie il dubbio, se, dicendo *figli legittimi e naturali*, avesse inteso di dire *figli maschi:* e posto il dubbio non ci permette la Legge di dipartirci dal significato proprio delle parole.

27 A tor via qualunque dubbio era necessario, che, non contenta d' invitare generalmente la linea mascolina, e di generalmente escludere la femminina, avesse ella chiamati nominatamente i *maschi da' maschi*, o i *maschi della linea mascolina:* che così, e non altrimente si escludono con sicurezza le femmine agnate.

Pur si conceda, che le parole, *senza figli legittimi e naturali* sieno da intendere, come se si fosse scritto *senza figli maschi*. Qual pro ne viene a' figli della Baronessa Torres? Primachè nascesse la Duchessa di Alanno, e nella persona del Duca D. Ignazio suo padre sarebbesi estinta la sustituzione. Le parole, *Morendo uno de' suddetti medesimi* ec., si riferiscono ai tre figli della testatrice Diomede, Egidio, ed Antonio; e per conseguenza i costoro figli, non già i figli degli ulteriori discendenti sono posti in condizione: ed essendo morti senza figli Egidio, ed Antonio, e morto con due figli maschi Diomede, comechè per rispetto di Egidio, e di Antonio si fosse verificata la condizione, per rispetto di Diomede non si verificò, e si estinse il fedecommesso dal giorno, in cui e' morì di se lasciando il Duca D. Ignazio, e D. Domenico Leognani. Nè dall' esser la testatrice trascorsa a più gradi di sustituzioni, dall' aver contemplata l' agnazione, ed usate formole dinotanti perpetuità,

28

(a) *L. pronunciatio* 195. §. 5. *de verb. sign.*

tà, qual è questa: *Cum onere fideicommissi in perpetuum:* e quest'altra: *Volendo, che la detta sua eredità debba sempre mantenersi nella famiglia Leognani Ferramosca;* ne può seguire, che la condizione, in cui espressamente si parla de' soli figli de' figli della testatrice, sia da intendere ripetita negli ulteriori discendenti; poichè ben può stare, che que' tanti gradi di sustituzioni, quella contemplazion di agnazione, e quelle formole dinotanti perpetuità dipendan del tutto dalla precedente condizione, *Morendo uno senza figli* ec., e nulla operino nel caso, che manchi la condizione. Nè solamente può star così, ma così dee stare, dappoichè ne' Tribunali di Europa, anzi *in toto Mundo*, come parla il Card. de Luca (a), è stato sì ben ricevuto il famoso *Consiglio XXI* di Oldrado. Aveva il testatore scritti eredi un fratello, e quattro nipoti nati da due altri fratelli premorti, ed aveagli sustituiti così: *Si aliquis heredum meorum sine filiis, aut nepotibus, aut deinceps descendentibus, & masculis mori contigerit, ejus portio devolvatur ad coheredes superstites, vel eorum heredes, dum tamen sint masculi, & ex masculis secundum rectam lineam descendentibus . . . . Volo quoque, quod si omnes praedictos heredes absque filiis, aut nepotibus deinceps masculini sexus descendentibus ex masculis, ut dictum est supra, mori contigerit, bona mea ad Romanam Ecclesiam devolvantur.* Morto il testatore morì uno de' nipoti con quattro figli, de' quali due senza figli morirono, il terzo morì con una sola figlia da lui scritta erede, e 'l quarto senz' alcun figlio, e con avere istituita erede la detta figlia di suo fratello. Or i maschi discendenti da' coeredi pretesero, che le porzioni a costei lasciate dal padre, e dal patruo spettasser loro in virtù della sustituzion fedecommessaria dal testatore ordi-

29

(a) *De fideicommiss. disc.* 82. *num.* 5.

dinata sotto la condizione, se alcun degli eredi morisse senza figli, o nipoti, od altri discendenti maschi: la qual condizione erasi verificata nella morte del terzo figlio, che avea di se lasciata una sola femmina, e molto più nella morte del quarto, che nè men femmine avea lasciate. Era dunque da vedere, se la condizione apposta per rispetto de' figli maschi de' primi eredi si estendesse ancora a' figli de' secondi, e degli ulteriori discendenti: e 'l dotto Oldrado rispose: *Mihi videtur dicendum, quod substitutio expiraverit in personam ejus, qui decessit quatuor liberis masculis superstitibus, quidquid postea de liberis contigerit*. Nel caso di Oldrado trovo io molto più, che nella disposizione di Valenzia Alati. Chiamò costei la *linea mascolina*, ed escluse la *femminina;* ma non tolse via il dubbio, se per coteste parole s'intendessero escluse le femmine agnate: e nel caso di Oldrado non potea cotesto dubbio aver luogo, perchè la condizione fu *si sine masculis*, e la chiamata fu di coloro, che fossero *masculi, & ex masculis*. Usò Valenzia formole dinotanti perpetuità: e nel caso di Oldrado alle discendenze degli eredi scritti fu sustituito un luogo pio Ecclesiastico: la qual sustituzione, a giudizio di tutti i Dottori, è 'l più grande argomento della perpetuità de' fedecommessi. In somma, secondo il *Consiglio* di Oldrado, nè 'l favore de' maschi da' maschi, pe' quali si conservano le agnazioni, e le famiglie, nè le più forti formole di perpetuità posson fare, che le disposizioni fatte sotto la condizione *si sine masculis* non dipendan del tutto da essa condizione, e che, mancando questa, non manchino anch' esse. Ne' casi, in cui concorreano tutte coteste circostanze, e molto meglio, che nella disposizione di Va-
30 lenzia Alati, e nell' istesso caso di Oldrado scrissero, tra' nostri, per la estinzion del fedecommesso, e per la libertà.

tà della roba il Rovito (*a*), il de Ponte (*b*), e 'l Galeota (*c*), ed in tutti i casi, ne' quali scrissero, fu dal S. C. deciso così (*d*): ed a coteste tre Decisioni aggiungo ancora un' altra dello stesso S. C. distesa in carte dal citato de Ponte (*e*), ed altre di altri Tribunali di Europa rapportate dal Rovito (*f*).

Nè voglio io esser contento della sola estrinseca autorità delle cose giudicate. Piacemi ancora di recare in mezzo le massime legali, in cui si appoggiarono. Nella condizione *Morendo* ec. non ci ha dubbio, che si parla degli eredi scritti da Valenzia Alati, cioè de' tre suoi figli Diomede, Egidio, ed Antonio, e che i costoro figli sono posti in condizione. Dunque, poichè Diomede si morì con figli, non altrimente potrebbe oggi difendersi l' esistenza del fedecommesso, ch' estendendosi la detta condizione da' figli de' primi figli di Valenzia Alati a' figli degli ulteriori discendenti: la qual cosa, secondo la dottrina di Aretino, ricevuta senza contraddetto di alcuno nelle scuole, e nel foro, è sconcissima a dire. La dottrina è questa, che per presunzioni e congetture ben possono le condizioni estendersi da caso a caso (e ce n' ha di molti esempj ne' Libri della Legge (*g*)) ma non da persona a persona. Di questa dottrina, in uno de' suoi Consigli (*h*), si valse il de Ponte, trattando il caso di una

31

(a) *Consil.* 34.
(b) *Consil.* 61. *vol.* 1.
(c) *Controv.* 24. 25. & 26.
(d) *V. Rovit. d. Consil. in fine, de Ponte decis.* 39. *num.* 4., & *Galeot. controv.* 26. *in fine.*
(e) *Decis.* 39.
(f) *Consil.* 34. *num.* 3. *a vers. Prout hanc.*
(g) *V. Duaren. ad tit. ff. de cond. inst. cap.* 5.
(h) *Consil.* 61. *num.* 6. *vol.* 1.

condizione, che da' figli voleasi trarre, come appunto si vorrebbe fare nel nostro caso, a' nipoti: *Quando extensio fieret de persona ad personam, & non de casu ad casum, tunc praesumta mens non attenditur, sed oportet cum mente verba concurrere: unde quum in casu esset extendere conditionem appositam respectu filiorum etiam ad nepotes, & sic ad alias personas, in quo non sufficit conjecturata mens, propterea habet solum locum in terminis, in quibus loquitur*. E buona riuscita ebbe la causa (*a*). Questa istessa dottrina seguì poi il S. C. in un' altra sua Decisione appresso lo stesso de Ponte (*b*): *Nam, ut dixit Aretinus communiter receptus in L. Gallus §. & quid si tantum ff. de lib. & post., dispositio testatoris* (di una condizione in quel caso trattavasi, come nel nostro) *ex praesumta mente trahitur de casu ad casum, non autem de persona ad personam*. Da un bel luogo di Giavoleno (*c*) la trassero gli antichi Interpetri, e dopo di essi i nostri forensi: e 'l luogo è questo: *Quae conditio ad certas personas accommodata fuerit, eam referre debemus ad eum duntaxat gradum, quo hae personae institutae fuerunt*. Eccone un altro ancora molto più acconcio, che fuggì loro dagli occhi. Sotto il titolo *De conditionibus, & demonstrationibus* parla il giurisconsulto Paolo dell' adempimento della condizione *di dare*, e dice, che la condizione di dare al *servo* non si adempie dandosi al padrone (*d*): e per contrario la condizione di dare al *padrone* non si adempie dandosi al *servo*, se 'l padrone nol voglia (*e*). Notisi quì, che sebben per natura il servo, e 'l padrone sieno

(a) *V. de Ponte decis. 39. num. 4.*
(b) *Decis. 39. num. 2.*
(c) *L. quae conditio 39. de cond. & dem.*
(d) *L. qui heredi 44. pr. ff. eod.*
(e) *§. contra 3. d. L. 44.*

sieno persone diverse, nondimeno, secondo il jus civile, nè men persona è 'l servo, ma si considera in esso la persona del padrone: contuttociò la condizione nè dal servo al padrone, nè dal padrone si estende al servo.

32 A cotesta dottrina aggiunse l'Oldrado quest' altra riflession legale, che sebbene sotto il nome di eredi regolarmente vengano gli eredi degli eredi, nondimeno, trattandosi di fedecommesso, per cui gli eredi si gravano, non è 'l gravame da estendersi da' primi eredi agli eredi degli eredi, se ciò non si esprima. Oltracciò, ponendo 33 mente alle circostanze del caso, riflettè, che 'l testatore, dopo di aver nominati gli eredi, non contento di dire, *Si aliquis heredum*, alla voce *heredum*, aggiunse il pronome *meorum*, che ha la forza di restringere il significato di quella voce a' soli principali e primi eredi esistenti nel tempo del testamento, esclusi gli eredi secondarj, e del tempo futuro: del qual legale effetto del pronome *meum*, parlando il de Ponte (a), l'ebbe per *indubitato*. E chi può dubitarne, dappoichè di un testatore, che avealo usato, ci lasciò scritto il giurisconsulto Paolo (b), *Hac demonstratione MEORUM praesens, non futurum tempus ostendit?* E questa circostanza, nel caso nostro, non manca: anzi ci è nel caso nostro molto ancora di più. Scrisse Valenzia Alati: *Fo e creo miei eredi il Barone D. Diomede, e l' Ab. D. Egidio, e 'l Cav. D. Antonio Leognani Ferramosca miei carissimi figli:* indi soggiunse, *Morendo uno de' SUDDETTI MEDESIMI MIEI eredi* ec. Usò la testatrice il pronome *miei*, che solo bastava a farci intendere, che nella condizione erano i figli de' soli primi eredi: e perchè non se ne potesse dubitare nè poco, nè punto, disse ancora *i suddetti medesimi:* delle

 quali

(a) *Consil. 61. num. 9. vol. 1.*
(b) *L. si ita 7. de aur. arg. leg.*

quali due voci chi non intende, che la prima alle persone nominate si riferisce: la seconda ne dinota la specifica identità: e tutte e due a' soli loro figli restringono la condizione?

De' fedecommessi di Egidio Leognani Ferramosca.

Anche costui era uno de' tre figli di Marcantonio Leognani, e di Valenzia Alati. Fece Egidio due fedecommessi, l'uno in un pubblico istrumento dell'anno 1741 su i soli beni burgensatici: l'altro nel testamento dell'anno 1748 su i soli feudali.

Volle nel primo, che *dopo sua morte*, *imo per duas horas ante* passasse il dominio, che intanto a se riservava, nella persona del Cav. Antonio Leognani suo fratello: che *dopo la* costui *morte passasse per successione al Duca D. Ignazio suo nipote suoi eredi e successori in linea mascolina tantum; e che se'l Duca morisse senza eredi legittimi e naturali, dovessero succedere D. Benedetto, e D. Domenico, ed in mancanza di questi, e suoi eredi in linea mascolina dovessero ereditare le femmine discendenti però dalla linea del fu D. Diomede altro suo fratello.* Ecco chiamati dopo la morte del Cav. Antonio gli eredi del Duca *in linea mascolina tantum*, ed esclusa in conseguenza la Duchessa di Alanno.

Ma non avendo il fedecommesso avuto effetto nella persona del Cav. Antonio, che fu'l primo chiamato, perchè premorì al fedecommettente, si caducarono i gradi seguenti. La regola, che caducato ne' fedecommessi il primo grado non si caducano i seguenti, cessa in alcuni casi. Uno è, se abbia il disponente voluto, che la roba pervenisse con effetto al chiamato nel grado antecedente, e fosse costui morto, primachè gli pervenisse. Questa dottrina di Alessandro, di Peregrino, e di altri

34

in

in molti, e gravi argomenti si appoggia, che diligentemente ha raccolti il Fusario (a): e in questo caso noi siamo. Volle il fedecommettente, che dopo sua morte, e due ore prima *la proprietà, e l'usufrutto passasse in pieno dominio di esso Cavaliere*. Or che per queste parole avesse egli voluto, che 'l Cavaliere acquistasse con effetto il dominio della roba, e che così, e non altrimente passasse poi nel Duca D. Ignazio, si fa chiaro per quel che segue: *Con patto espresso, che dopo la morte di esso Cavaliere tutti li predetti beni passino, e passar debbano per successione al Duca di Alanno D. Ignazio*. Le parole, *dopo la morte di esso Cavaliere*, disegnano il tempo nel quale doveva il Duca D. Ignazio acquistare il dominio della roba: e le parole *per successione* il modo, come dovealo acquistare. Cotesta designazione di tempo, e di modo ci fa non oscuramente conoscere qual fosse stata la volontà del fedecommettente. Colla designazion del tempo mostrò di volere, che 'l Duca D. Ignazio ne acquistasse il dominio dopo la morte del Cavaliere, non dopo la morte di esso fedecommettente; vale a dire, morendo il Cavaliere dopo di lui. Colla designazion del modo mostrò di volere, che l'acquistasse succedendo al Cavaliere, ed in conseguenza per una chiamata dipendente dalla chiamata di esso Cavaliere: e posta la dipendenza delle chiamate la ragione della contraria regola va del tutto a cessare. Manifestò poi molto meglio col fatto cotesta sua volontà. Vedendo egli a se premorto il Cav. Antonio fece testamento, in cui scrisse erede il Duca D. Ignazio, e senz' alcun peso di fedecommesso tutti que' beni gli lasciò, che nell' istrumento dell' anno 1741 avea sottoposti a fedecommesso.

Nè contraria al dritto fu cotesta volontà di Egidio Leo-

(a) *De subst. q. 469. num. 58. 59. & 60.*

Leognani. A chiaro intendimento di ciò si vuol distinguere tra la sustituzion volgare, e la fedecommessaria, 35 e per rispetto di questa tra caso, e caso. Nella volgare caducato il primo grado comincia la disposizion dal se-36 condo (a). Nella fedecommessaria, in virtù di cui dee l'uno, morendo, restituire all'altro, perchè caducato il grado antecedente non s'intenda caducato il seguente a tenor della regola, basta, che ci sia chi possa restituire. 37 Si finga, che Tizio sia scritto erede, e per fedecommesso sia a Tizio sustituito Cajo: a Cajo Mevio: a Mevio Sempronio. In questo caso, caducato il grado di Mevio, non si caduca il grado di Sempronio, perchè quella restituzione, che non gli può far Mevio, gli sarà fatta da Cajo: e caducato il grado di Cajo non si caduca il grado di Mevio; perchè se non da Cajo, gli sarà fatta la restituzione da Tizio primo gravato. In somma sempre, che ci sia chi possa restituire, dovrà la regola aver luo-38 go. Che se si caduchi il grado di Tizio, dal quale, come primo gravato, dee cominciare la restituzione, si caducano allora tutti i gradi seguenti, perchè non ci è chi possa restituire: non Tizio, perchè, per potere restituire, era necessario, che avesse avuta la roba, ed essendo premorto non l'ebbe: non Cajo, perchè dovea riceverla dalle mani di Tizio: e quel, che dicesi di Cajo, s'intende ancora di Mevio, e di Sempronio. Pongasi mente alla *L. unica C. de caducis tollendis*, in cui la suddetta regola ci si propone (b), e non oscuramente si conoscerà, che dalla stessa Legge è tratta la differenza, che ho posta tra l'un caso, e l'altro. Intanto, per servire all'uso del foro, trascrivo un luogo del Fusario (c): Ca-

(a) *L. Thais* 41. §. *pen. de fideicomm. lib.*
(b) §. 4, & 7.
(c) *Num.* 38. *dict. qu.* 469.

Caducata prima, vel sequenti substitutione fideicommissaria, onus fideicommissi remanet apud institutum, vel substitutum, qui JAM HABUIT BONA, ut ab eo fiat restitutio alteri substituto, quandocumque eveniat casus restitutionis . . . & ideo posteriores substituti non dicuntur succedere illis, qui jam decesserunt, nec ab illis accipiunt, sed succedunt illi instituto, vel substituto, qui HABUIT HEREDITATEM, & in quem substitutionis conditio VERIFICATA EST. Ciò tanto è vero, che, ordinato il fedecommesso per ultima volontà, se si caduca il primo grado, da cui dee cominciare la restituzione, non altrimente si sostiene il fedecommesso, che per la clausola codicillare.

Pur non sia caducato per la premorienza del Cav. Antonio il fedecommesso di Egidio Leognani. Anche in tal caso, per le cose, che della *linea mascolina* ho dette, esaminando il fedecommesso di Valenzia Alati, non sarebbe esclusa, almen durante sua vita, la Duchessa di Alanno. Ma nè la Duchessa, nè i discendenti da lei intese Egidio di escludere: ed ecco come il dimostro. Dopo di aver chiamati il Duca D. Ignazio, D. Benedetto, e D. Domenico, soggiunse: *Ed in mancanza di questi, e suoi eredi in linea mascolina, debbano ereditare le femmine discendenti però dalla linea del fu D. Diomede altro suo fratello*. Or quali sono coteste femmine discendenti dalla linea di Diomede? Erano certamente le figlie di Diomede, e sorelle del Duca D. Ignazio, di D. Benedetto, e di D. Domenico. E si crederà, ch' Egidio, il quale principalmente contemplò le discendenze de' suoi nipoti, avesse voluto, che le femmine delle discendenze predilette, e figlie degli ultimi possessori della roba fosser non solo posposte alle femmine della linea di Diomede, ma in grazia di queste del tutto, e per sempre escluse? Ciò non è da credere in alcun modo. E poichè nel fede-

com-

commesso di Egidio non ci è l'espressa, e perpetua esclusion delle femmine, e ci è, per contrario, l'espressa chiamata delle femmine meno dilette; ed oltracciò le discendenze del Duca D. Ignazio, e di D. Domenico per rispetto del fedecommettente sono non due colonnelli dipendenti da uno stipite, ma due diverse linee, ne segue, che in ciascuna di esse discretivamente sieno preferiti i maschi alle femmine, senza che, essendoci in una di esse la sola femmina, debba la roba passare all'altra, ov'è 'l maschio.

Vengo ora al secondo fedecommesso da Egidio Leognani ordinato su i feudali nel testamento dell'anno 1748. in cui fu scritto erede il Duca D. Ignazio.

Essendo stato questo primogenial fedecommesso da Egidio Leognani ordinato su i soli feudali, dovrei ripeter quì le cose già dette del fedecommesso su i feudali ordinato da Valenzia Alati; ma

Occidit miseros crambe repetita magistros (a).

Di Casa il dì 15. del mese di Giugno dell'anno 1774.

Giun-

(a) *Juven. Sat. 7. v. 154.*

Giunta alla Scrittura data fuori per la Duchessa di Alanno.

Del fedecommesso di Valenzia Alati.

SI è dimostrato, che la condizione, *Morendo uno delli suddetti medesimi miei eredi*, espresa dalla testatrice nella instituzione de' tre suoi figli Diomede, Egidio, ed Antonio non può per Legge intendersi ripetita nelle susseguenti sustituzioni, ed estendersi dalle persone de' primi eredi alle persone degli eredi ulteriori. A confermazione delle cose dette aggiungo il seguente chiarissimo testo di Cajo (a): *Sub conditione herede instituto, si substituamus: nisi eandem conditionem repetemus, pure eum heredem substituere intelligimur*. Ecco come vieta espressamente la Legge, che dalla persona dell'erede instituito si estenda la condizione alla persona dell'erede sustituito. E secondo questo bel luogo delle Pandette scrisse la Ruota Romana (b): *In conditione illae dumtaxat personae comprehenduntur, quae continentur in praecedenti dispositione, & parte vocativa.* 39

Si è dimostrato, esser ciò nel nostro caso da ammettere non solo per la regola del dritto, ma ancora per la espressa disposizione della testatrice, che usò tre voci dinotanti personalità, cioè *suddetti*, *medesimi*, e *miei*. Aggiungo l'autorità della Ruota Fiorentina, che in virtù di simiglianti formole tassative ebbe per temporario un fedecommesso perpetuo, e per ristretta a certe e determinate persone la disposizione, che senza quelle sarebbe sta- 40

(a) *L. sub conditione 73. ff. de hered. instit.*
(b) *Recent. p. 15. decis. 269. num. 27.*

ftata univerfale. Così'l Magone (*a*): *Propter taxativas & limitatas difpofitiones id, quod eft perpetuum, fit temporale, & enixa voluntas oftenditur per tot geminatas taxativas, ex quibus perfonalitas quaedam induci videtur, quam egredi non licet*. Ed efsendo quefto il nativo e proprio fignificato delle formole tafsative, fecondo efso è nel dubbio da giudicare per la bella ragione, che ne foggiunge il Magone (*b*): *Ex quo agitur de interpretanda mente defuncti, fi in ea interpretanda fit errandum, tutiorem errorem arbitrati funt* (*Domini*) *inhaerere verbis & fcripto, & teftatori imputare, fi apertius voluntatem fuam non dixerit*.

41 Si è dimoftrato per più *Decifioni* efser ciò vero anche nel cafo, che fia il difponente trafcorfo a più gradi di fuftituzioni, che abbia contemplata l' agnazione, e che abbia ufate formole dinotanti perpetuità. Aggiungo un bel luogo della Ruota Romana, che di altre *Decifioni* ancora ci dà notizia. *Non obftat* (così la Ruota (*c*), *Quod a Confilio Oldradi recedatur a conjecturis, quia defumptae in cafu noftro ex digreffu ad plures fubftitutionum gradus, ex probibitione detrahendi legitimam, & trebellianicam, ac alienationis bonorum, nec non ex exclufione feminarum cum onere eas dotandi non funt aptae extendere fideicommiffum, quia refpiciunt primam partem fubftitutionis, in qua vocantur filii, & defcendentes mafculi heredum inftitutorum, & regulantur ab illa conditione fi heredes inftituti* SINE FILIIS DECESSERINT, *quae folum important vulgarem, non autem fideicommiffariam, ut de conjectura ex digreffu ad plures fubftitutionum gradus* Coccin. *decif.* 294. *n.* 12. *in fine*, *Buratt. decif.* 820. *n.* 3., & de

(a) *Decif.* 52. *num.* 13.
(b) *Num.* 15.
(c) *Recent. part.* 13. *decif.* 459. *num.* 4.

de probibitione alienationis, *ac VOTO CONSERVANDI BONA IN AGNATIONE*, *quod intelligitur casu quo primi beredes decederent sine filiis praecluditur via sequentibus substitutionibus*, *ut dixit Rota decis.* 486. *num.* 6. & 7. *part.* 1., & *decis.* 632. *num.* 10. & 11. *part.* 4. *tom.* 3. *recent.* Tanto non è nel caso nostro, quanto nel caso, che trattò la Ruota.

Ma nel caso nostro soggiunse Valenzia Alati la ragione della sua disposizione per le seguenti parole, *Volendo, che la detta sua eredità debba sempre mantenersi nella famiglia Leognani Ferramosca:* la qual ragione dee per Legge ampliare la disposizione, ed estendere la condizione dal grado de' primi eredi a tutti i gradi delle persone comprese nella famiglia. 42

Non è vero (rispondo io) che la ragion soggiunta può ampliare la disposizione. Quel che oggi si dice della forza di cotesta ragione, si pretese ancora in una causa, per cui scrisse il Galeota, e coll' autorità del più gran numero de' Dottori, e delle cose giudicate il Galeota rispose (a): *Et amplius secundo fideicommissum praedictum nullo modo ampliari ex subsequenti prohibitione de non alienando amplissime*, & *universaliter adjuncta*, *etiam EXPRESSA RATIONE CONSERVANDI BONA IN FAMILIA*, *praesertim cum ad ipsum fideicommissum non est simpliciter in verbis dispositivis vocata ipsa familia*, *sed personae particulares*, *licet deinde sit ADDITA RATIO*, *QUIA VELIT*, *BONA CONSERVARI IN FAMILIA*, *post Decis. Senatus Pedemont. apud Osasch. decis.* 49. *nu.* 13. *in fin. vers. quid dicendum*, *ubi ITA testatur DECISUM in illo Senatu*, & *comprobatam opinionem Castrens.*, *Cuman. Aret. Socin. sen. Dec. Curt. Cephal.* & *aliorum*, *quam magis communem*, *etiam*

(a) *Controv.* 25. *n.* 22. *lib.* 2.

aliorum testimonio affirmat Honded. d. consil. 78. n. 33. 46. & 47. Quae opinio comprobatur juris interpretatione, quia quando praecedunt substitutiones factae in casu mortis, prohibitio subsequens, etiam cum RATIONE, QUIA VOLEBAT BONA CONSERVARI IN FAMILIA, censetur facta correspective ad substitutiones praecedentes, & in casibus, in quibus illae substitutiones locum haberent, nec illas ampliat. E così fu deciso in quella causa dal S. C. per testimonianza dello stesso Galeota *controv. 26. in fine*.

Ma del fedecommesso di Valenzia Alati troppo si è scritto: e pure ad escludere la contraria pretensione bastava quel, che ora soggiungo. Valenzia Alati, dopo di avere scritti eredi Diomede, Egidio, ed Antonio, soggiunse: *Morendo uno delli suddetti medesimi miei eredi senza figli legittimi e naturali l' uno debba succedere all' altro, e l' altro all' uno della linea mascolina tantum, escludendo in tutto dalla successione la linea femminina*. Le parole *l' uno all' altro, e l' altro all' uno* sono certamente ristrette ai tre soprannominati eredi, conseguentemente la reciproca non va oltre il grado di essi tre: nè ci è nelle susseguenti parole altra ulteriore sustituzione. E vano è l' argomento, che si vuol trarre dalle parole *della linea mascolina*, perchè queste non contengono la generale chiamata di detta linea, ma dinotano il sesso di quell' *uno* sustituito all' *altro*, e di quell' *altro* sustituito all' *uno*: della qual cosa fa pruova l' esser posta la detta linea nel *genitivo*, ed immediatamente dopo le parole, *e l' altro all' uno*. Or ecco come si va chiaramente a conoscere quel, ch' ebbe nell' animo la testatrice. Avendo ella tre maschi, e quattro femmine previde il caso, che potesse uno de' maschi morire senza figli legittimi e naturali, e senza testamento: nel qual caso gli sarebbono succeduti i due fratelli, e le sorelle: o, se uno de' fra-

telli

telli fosse premorto lasciando femmine, l'altro fratello superstite, e le figlie del premorto rappresentando il padre. Il concorso di queste femmine volle del tutto escludere la testatrice ordinando la reciproca tra i soli suoi figli maschi; ma escluder non volle la femmina discendente da uno de' figli, la qual volesse succedere al suo ascendente: e perciò disse, *Morendo uno senza figli legittimi e naturali*, le quali parole comprendono come i maschi, così ancora le femmine discendenti, non già, *Morendo uno senza figli maschi*. Di ciò non dubiterà chi fassi a considerare, che parla la testatrice di maschi ammessi, e di femmine non ammesse alla successione di colui, che sia morto senza figli legittimi e naturali: il che necessariamente suppone maschi, e femmine laterali, nè può intendersi altrimente.

43 Piacemi ora di trascrivere per la seconda volta quelle parole del Galeota: *Praesertim cum ad ipsum fideicommissum non est simpliciter vocata ipsa familia, sed personae particulares, licet deinde sit addita ratio, quia velit bona conservari in familia*. Contengono esse una distinzione dataci dai Dottori, e confermata per una *Decisione* del S. Consiglio appresso il de Ponte (*a*), ed è questa. O la famiglia vien generalmente contemplata nella chiamata; o comprendendo la chiamata un certo e determinato numero di gradi, e di persone vien la famiglia contemplata, tuttochè con parole generali, e dinotanti perpetuità nella sola ragione della chiamata. Nel primo caso assoluto, e perpetuo è 'l fedecommesso: nel secondo caso la contemplazion della famiglia, in qualunque modo espressa nella ragion della chiamata, restringesi ai gradi, ed alle persone di sopra specificate, tuttochè sia il disponente trascorso a più gradi di sustituzioni. Le parole della

(a) *Decis. 39. num. 1.*

della citata *Decisione* del de Ponte sono: *Quando est relictum fideicommissum masculis ex familia testantis procedentibus indefinite, ita quod considerata est agnatio, & familia in perpetuum, ac defectus illius, tunc bene est inductum fideicommissum perpetuum: secus vero quando certis personis specificatis, ut filio primogenito, vel aliis, agnato, vel cognato, suisque filiis, ac descendentibus; tunc namque quamvis inter eos, qui specifice vocati sunt, censeatur habita ratio agnationis, haec tamen ratio agnationis, & fideicommissi effectus personas nominatas non progreditur, quibus deficientibus fideicommissum expirat, etiamsi ad alios, & plures gradus substitutionis inter praedictos filios descendentes, & collaterales digressus sit.* Ed in questo secondo caso noi siamo.

Del fedecommesso ordinato per un atto tra' vivi da Egidio Leognani Ferramosca.

SI è dimostrato, ch'essendo il Cav. Antonio primo donatario premorto ad Egidio donante si caducarono i gradi seguenti. Aggiungo, che la donazione per difetto dell'accettazione non si perfezionò, e che per conseguenza ben poteva Egidio rivocarla, come in fatti la rivocò nel testamento. Che per la donazione non accettata nulla si acquisti, non è da dubitare. Si vegga il Vinnio *ad* §. 2. *n.* 1. *Inst. de donat.* Ciò tanto è vero, che per far valere le donazioni fatte agli assenti, si è introdotto il costume di farle accettare da' pubblici Notai. Ma la donazion fatta da Egidio non fu dal Notajo accettata, nè fu mai accettata da' donatarj: ed eccone la dimostrazione. Egidio *a se riservò il dominio sopra i beni donati, sua vita durante*, da dover passare *dopo sua morte, imo per duas horas ante*, nella persona del Cav. Antonio primo donatario; ma volle, che'l detto Cav. primo donatario, e'l

44

e 'l Duca D. Ignazio, secondo donatario, gli dovesser pagare, sua vita durante, alcune annue centinaja di duc. per suo mantenimento, oltre alcune altre annue prestazioni di olio, e di grano: i quali obblighi suppongono ne' donatarj il possesso de' beni donati, e la percezione de' frutti. Or sarebbesi provata l' accettazion della donazione fatta dai donatarj, se dalla Baronessa Torres si fosse provato nel termine, che 'l detto Cav., e 'l detto Duca D. Ignazio presero il possesso de' beni, e soddisfecero alle suddette prestazioni. Ma cotesta pruova non si è fatta, anzi, al contrario, è cosa indubitata, ch' Egidio dall' anno 1741, che fu l' anno della donazione, fino all' anno 1748, che fu l' anno del testamento, e della morte, possedè, come prima, i beni donati; e ne percepì, come prima, i frutti; e ne dispose poi nel testamento a benefizio del detto Duca, a cui in virtù del detto testamento pervennero. Non è parimente da dubitare, che prima dell' accettazione può qualunque irrevocabile donazione rivocarsi dal donante come atto non ancora perfetto: e se ci è chi ne dubiti, se ne chiarirà leggendo, se non altro, il Sabelli *v. donatio num. 36. & 37.*

Di Casa nel dì 9 del mese di Luglio dell' anno 1774.

Per

Per D. Niccolò de Vera d' Aragona contra D. Maria de Vera d' Aragona.

ARGOMENTO.

I. Quando a' fedecommessi sieno invitati i maschi, e le femmine, s' intendono tutti *simultaneamente* chiamati: ma dove ci sia lo Statuto esclusivo delle femmine, queste s' intendono chiamate *successivamente*, non *simultaneamente*.

II. Si spone il Rescritto degl' Imperadori Valeriano, e Galieno nella *L. pactum* 15. *Cod. de pact.* e si mostra, che tal Rescritto sia andato del tutto in disuso. In questa occasione si propone la differenza, che passa tra 'l patto nascente dalla *turpitudine* naturale, e dalla *turpitudine* civile.

SOMMARIO.

1 *Dove vi sia lo Statuto esclusivo delle femmine in concorso de' maschi, chiamandosi da un fedecommettente i maschi, e le femmine, queste s' intendono chiamate* successivamente, *non* simultaneamente.

2 *Ne' fedecommessi si succede secondo l' ordine della successione intestata.*

3 *Dall' aver potuto il testatore chiamar tutti col nome proprio, e dall' averne mentovato a nome talun di essi, e gli altri chiamati col nome comune, è argomento di particolar dilezione. Si limita questa regola nel* num. 4.

5 *I figli si debbono eseredare nominatamente. Ma se 'l figlio, che si invereda, è uno, tanto è dire* eseredo Cajo, *quanto è dire* eseredo mio figlio.

6 *Il*

6 *Il fatto altrui non ci obbliga in alcun modo: il che assi ad intendere del fatto altrui, che ci noccia, non del fatto altrui, che ci giovi.*

7 *Il patto apposto nell' istrumento dotale con cui il padre siasi obbligato d' istituire erede la figlia in egual porzione col di lui figlio, non vale per la* L. pactum 15. C. de pact. *come quello, che toglie la libera facoltà di testare.*

8 *L' accennata* L. pactum 15. *è andata del tutto in disuso. Ma 'l Card. de Luca vuol, che debba valere, dove il patto si apponga per un matrimonio incerto.* Ved. il num 9.

10 *La fazion del testamento non viene dalla Legge della natura, e delle genti, ma dal diritto Civile.*

11 *Il patto contenente turpitudine civile, e non naturale, quandochè sia giurato, diventa inviolabile in virtù del giuramento anche ad onta del jus Civile, che negli Stati de' Principi Cristiani dee cedere al jus Canonico.*

ALLEGAZIONE XIII.

D. Luigi Valcarcel scrisse eredi D. Giulia, e D. Beatrice sue figlie, D. Giulia in due delle tre porzioni di sua eredità, D. Beatrice nella rimanente terza porzione. A D. Giulia sustituì per fedecommesso D. Luigi, e D. Maria già nati in quel tempo dal matrimonio contratto tra lei, e D. Diego Geronimo de Vera d' Aragona, e tutti gli altri figli, che da quel matrimonio sarebbon nati: e ne nacquer di fatto in capo a pochi anni D. Niccolò, per cui scrivo, e D. Maria Vittoria, che vita monastica professò nel Monistero di S. Maria Egizziaca.

Morto il testatore nell' anno 1733. impugnò D. Beatrice la paterna disposizione. Pose fine alla lite la tran-

fazione dell' anno 1735., a cui intervennero non folo D. Giulia, e D. Beatrice, tra le quali principalmente era nata la lite, ma ancora D. Luigi, e D. Niccolò, chiamati, come fi è detto, per fedecommeffo alle due porzioni di D. Giulia, e'l comun padre D. Diego. In virtù di effa la roba foggetta alla fuftituzion fedecommeffaria fi riduffe a moggi 28. di territorio fito nel luogo detto *a centore:* e per indurre D. Beatrice ad accettare il teftamento le fi pagarono da D. Giulia ducati 300, e le fi cederono ancora duc. 600. prelegati a D. Giulia dal teftatore. Si dichiarò parimente in effa, che fpettavano a D. Giulia, come a coerede di D. Antonio Valcarcel comun fratello, duc. 1112. 50: e finalmente fi convenne, che tutt'e tre cotefte fomme afcendenti a duc. 2012. 50. da D. Giulia fi deduceffero a danno de' fuftituti.

Del pagamento de' duc. 300. non è da dubitare. Ce n'è notamento nella margine della tranfazione. Del prelegato de' duc. 600. cofta dal teftamento di D. Luigi Valcarcel. Si lafcian quivi a D. Giulia *tutte le quantità*, che al teftatore fino a quel dì fi doveano, e fi farebbono in appreffo dovute fino al dì della morte da D. Giambattifta della Regina fuo cognato *per caufa degli annui duc.* 20. intereffe delle doti di D. Vittoria della Regina fua feconda moglie. E quantunque non fi efprima nel teftamento la certa quantità, come quella, che riguardava non folo il tempo paffato, ma ancora il tempo futuro; nondimeno è da notare, che 'l fecondo matrimonio di D. Luigi fi contraffe ful fine dell'anno 1702., e la di lui morte feguì nell' anno 1733: onde gli annui ducati 20. per lo fpazio di anni 30. afcendeano a ducati 600. Nè per tutta la vita di D. Luigi ci è pruova, che fe ne foffe pagato un foldo: e fi sa, che chi nega non ha'l pefo di provare. L'origine poi della terza deduzione de' duc. 1112. 50. è quefta. Da D. Luigi

Val-

Valcarcel, e da D. Anna Maria Valcarcel, sua prima moglie, nacquero D. Antonio, e le suddette D. Giulia, e D. Beatrice. Succedè D. Antonio alla madre, la cui roba, dedotti i pesi, si estimò ducati *6673*: e perchè D. Antonio erasi fatto Prete ammise le sorelle alla virile per istrumento del dì 24. del mese di Luglio dell' anno 1702: onde spettarono a ciascuna di esse duc. 2225. Finalmente venuto nello stesso anno a morte, scrisse eredi nell' usufrutto della sua terza parte D. Luigi suo padre, e nella proprietà le sorelle: ed ecco come in virtù del testamento di D. Antonio a D. Giulia spettavano i suddetti ducati 1112. 50., metà de' duc. 2225, di cui avea D. Antonio disposto. Di tutti cotesti fatti costa dall' *appuramento*, che se n' è fatto dinanzi al Signor Commessario.

Da quel, che si è detto, chiaramente raccogliesi, che la transazione dell' anno 1735. si fece sulla ferma credenza, che non fosse D. Maria invitata dal testatore alla sustituzione. Ma pretende oggi D. Maria, che fu pur ella co' maschi al fedecommesso invitata, e che seguentemente le spetti la quarta; e che, non essendo ella alla transazione intervenuta, non possano ammettersi a suo danno le tre soprammentovate deduzioni. Quanto ella s' inganni, brevemente si mostrerà.

C A P O I.

D. Maria non potea concorrer co' maschi al fedecommesso instituito da D. Luigi Valcarcel.

E' Stato cotesto punto nobilmente trattato dal primiero degnissimo Difensore di D. Niccolò, cui sono io

io succeduto. Potrei alla di lui Scrittura rimettermi; ma mi conviene di dirne qualche cosa per rispondere a due obbjezioni, che furonmi fatte in Ruota.

1 Non si dubita appresso noi dello Statuto escludente le femmine, quandochè ci sieno i maschi: e posto cotesto Statuto da' Dottori comunemente s' insegna, che chiamandosi da un testatore i maschi, e le femmine, queste s' intendano chiamate *successivamente*, non *simultaneamente;* conciosiachè sia da presumere, che voglia colui conformarsi allo Statuto. E' questa una opinione cotanto comune, che *in consulendo, & judicando ab ea non est recedendum*, come scrive il Fusario (a): onde il giudiziosissimo Card. de Luca la propose come una regola certa del foro (b).

Non osta, che lo Statuto preferisce i maschi alle femmine nella sola successione *ab intestato;* poichè trattasi nel caso nostro di sustituzione fedecommessaria: e si
2 sa, che ne' fedecommessi l' ordine della successione è l' ordine appunto della successione *ab intestato*: *Quamvis testator*, dice il Mantica (c) *videatur substituisse masculos, & feminas, tamen debet intelligi ordine successivo, quemadmodum ab intestato erant successuri ex dispositione Statuti, nam fideicommissum regulatur secundum ordinem succedendi ab intestato*.

Nè meno osta, che D. Maria fu chiamata col proprio suo nome, non col nome comune delle femmine, nel qual caso solo aver dee luogo quel, che da' Dottori s' insegna; poichè primieramente non ci è Dottore, che, posta la regola della successione delle femmine coll' *ordine successivo*, abbia sinora pensato di non farla valere nel ca-

(a) *De Subst. quaest.* 379. *n.* 15.
(b) *De fideicom. disc.* 37. *num.* 7.
(c) *De conject. lib.* 8. *tit.* 12. *num.* 10.

caso, che sia chiamata col primo nome la femmina: e se'l dotto Contraddittore ne può citare un solo, mi do per vinto: secondamente l'esser taluno mentovato a nome, è argomento di particolare affezione, quando ci sieno altri, che abbiano il proprio nome, e si chiamino col nome comune. Dall'aver potuto il testatore chiamar tutti col nome proprio, e dall'averne mentovato a nome talun di essi, e non gli altri, nasce una presunzione in pro di colui, che si è nominato, e contra coloro, i cui nomi si son taciuti; perchè come atto volontario è stato l'esprimere il nome di uno, così atto volontario è stato il tacere i nomi degli altri. Due diversi atti volontarj non possono altronde procedere, che dal vario moto del cuore. Ma se si chiamano al fedecommesso persone, che abbiano i proprj nomi, quali sono i già nati; e persone, che nomi non abbiano, quali sono i non nati, dee cotesta presunzione cessar del tutto, perchè 'l chiamarsi i non nati col nome comune è un atto di mera necessità: seguentemente la diversità di que' due atti nascer non può dalla diversa disposizione dell'animo. Io scrivo in tante angustie di tempo, che a confermazione di questa riflessione non mi fido di citar Leggi, o Dottori; ma so, ch'è tratta dal seno della Romana Giurisprudenza. Si aggiunge, che quando la persona, che a nome si mentova, è una sola, non ci ha differenza tra'l nome proprio, e'l comune. Si debbono i figli esederedare nominatamente. Ma se'l figlio, che si esereda, è uno, tanto è dire, *esseredo Cajo*, quanto dire, *esseredo mio figlio* (a). Si venga al nostro caso. Il testatore chiamò nominatamente *D. Maria*. Chiamò parimente altri, che, come non ancora nati, non aveano ancora nome: e'l nome solo di D. Maria espresse, perchè D. Maria era la

3

4

5

(a) *L. nominatim 2. de lib. & post.*

la sola femmina nata nel tempo del testamento. Oltre a ciò furono chiamati a nome dal testatore D. Luigi, e D. Maria. Nacquero poi un altro maschio, ch'è D. Niccolò, e un' altra femmina, ch' è D. Maria Vittoria, i quali, come non nati, furon compresi sotto il nome comune di figli. Or non ci sarà, chi creda, che l' esser D. Luigi chiamato a nome sia argomento di affezion, che portasse il testatore a D. Luigi, maggior di quella, che portava a D. Niccolò compreso sotto il nome comune di *figlio:* nè ci è ragion da credere, che non si abbia da dire di D. Maria quel, che di D. Luigi si dice. Finalmente si osservi, che D. Maria era nata prima di D. Luigi: onde, secondo l'ordine della natura, era da nominarsi prima. E perchè 'l testatore nominò prima *D. Luigi*, e poi *D. Maria?* Perchè costei era femmina, e colui maschio. Dunque nell'animo del testatore prevalse all'ordine della natura la prerogativa del sesso, e secondo questa ordinò la scrittura. Dunque concorrono in pro del maschio due presunzioni, che tanto da' nostri Dottori si apprezzano, l'una nascente dall'ordine della scrittura, l' altra nascente dalla prerogativa del sesso. Ma coteste due presunzioni non varrebbon per nulla, se D. Maria succedesse *simultaneamente* co' maschi. E non è quì da omettere un'altra riflessione. Certamente amar dovea D. Luigi Valcarcel più D. Giulia sua figlia, che D. Diego de Vera suo genero: e pure, chiamando al fedecommesso i figli di D. Giulia, mostrò di amargli più come figli del genero, che come figli della propria figlia; poichè que' soli figli chiamò, che fossero nati dal matrimonio contratto con D. Diego, e non essendovi nel tempo della morte di D. Giulia figli nati di quel matrimonio, le diè la facoltà di disporre a sua voglia. Contemplò dunque ne' figli di D. Giulia la famiglia, e l'agnazione del di lei marito: e poichè lo splendore delle famiglie,

e del-

e delle agnazioni si accresce, e si conserva per la roba, che a' maschi si lascia, ecco un'altra presunzione in pro de' figli maschi di D. Diego de Vera.

CAPO II.

Dee D. Maria menar buone a' figli maschi di D. Giulia le deduzioni contenute nella transazione dell' anno 1735., tuttochè non fosse alla transazione intervenuta.

STrano a prima giunta par quello, che prendo in questo II. Capo a mostrare. Come può D. Maria esser tenuta di stare ad un contratto, a cui non intervenne? Niuno può per Legge obbligarsi altrimente, che per lo fatto, che o sia veramente proprio, o come proprio si abbia. Il fatto altrui non ci obbliga in alcun modo.

Ciò da me non si nega; ma ciò si vuole intendere del fatto altrui, che ci noccia, non del fatto altrui, che ci giovi: onde nel Codice è posto il titolo, *Inter alios acta*, *aliis* NON NOCERE: e tra le regole della Legge ci è quel detto di Papiniano (*a*): *Non debet alteri per alterum INIQUA conditio inferri*. Per contrario dan le Leggi l'azione *negotiorum gestorum* contra coloro, cui, senza lor saputa, si è fatto del bene: e per la sola utilità fan valere le transazioni, che dovrebbono esser nulle (*b*).

E' dunque da dimostrare, che utilissima a' sustituti fu

(a) *In L. 74. de reg. jur.*
(b) *L. quum hi 8. pr. ff. de transact.*

fu la transazione dell'anno 1735: e ciò si mostrerà; facendosi vedere il grave danno, che sarebbe loro venuto, se non si fosse per quella posto fine alla lite.

Con somma giustizia impugnava D. Beatrice il testamento del padre. A' capitoli matrimoniali erasi apposto un patto, senza di cui *non si sarebbe contratto il matrimonio* tra lei, e D. Nunzio della Regina. Il patto era, che *non esistendo nel tempo della morte di D. Luigi altri figli maschi, eccetto che D. Antonio, potesse D. Beatrice concorrere per la virile*. Dunque, essendo D. Antonio premorto, spettava a D. Beatrice la metà della eredità di suo padre. Ed ecco il danno de' sustituti. Furono essi nel testamento di D. Luigi chiamati a due delle tre porzioni: ma, spettando a D. Beatrice in virtù di quel patto la metà della eredità, la sola metà sarebbe loro spettata, e se ne doveano pur dedurre tutti i legati.

7 Ma giusta non era (dice il Contraddittore) la pretensione di D. Beatrice, perchè nullo per Legge era quel patto: *Pactum*, son parole degl' Impp. Valeriano, e Galieno (a), *quod dotali instrumento comprehensum est, ut, si pater vita fungeretur, ex aequa portione ea, quae nubebat, cum fratre heres patri suo esset: neque ullam obligationem contrahere, neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre*.

8 Rispondo, che cotesto rescritto, appena inserito nel Codice Giustinianeo, andò del tutto in disuso. Ce ne rende testimonianza in una sua Novella (*b*) l' Imp. Leone soprannominato il *Filosofo*. Della Legge di quegl' Imperadori parlando, dice: *Propter evidentem absurditatem in hominum animis neutiquam locum invenit*: e poco dopo,

(a) *In L. pactum* 15. *C. de pact.*
(b) *Nov.* 19.

po, *Ipsam exclusit communis hominum voluntas*. Indi, a torre qualunque dubbio circa la di lei forza, espressamente l' abolì, soggiungendo: *Hoc itaque quanquam alioqui in Repub. nullum locum habeat, nostro etiam decreto velut in exilium ejectum, omnibus modis in Rempub. ingressu prohibemus*. Finalmente ordinò la fermezza di que' patti, a cui non potessero i padri contravvenire: *Statuimus vero, ut parentum nemo jura filiorum, quibus cum reliquis liberis aequalem hereditatis portionem servatum iri in nuptialibus contractibus spoponderint, innovare tentet . . . . at sciat is, poenitentia mutatam voluntatem invalidam, atque vanam habendam*. Questa Novella di Leone, non la Legge di Valeriano, e Galieno è stata ricevuta in Europa. Per la Francia ce l' attesta il Cujacio (*a*), e per la Germania, e per quasi tutta l' Europa il Visembachio, scrivendo (*b*): *Moribus hodiernis nil vetat pactis dotalibus de hereditate caveri: nec quidquam usitatius, quam pactum aequalis successionis*. Lo stesso per la nostra Italia ci attesta il Card. de Luca, il quale in un suo *Discorso* (*c*), intitolato *Responsum pro veritate*, distingue due casi, l' uno, se quel patto si apponga per un matrimonio incerto: l' altro, se si apponga a contemplazione di un certo, e determinato matrimonio, qual' è 'l caso nostro. Nel primo ammette egli la Legge di Valeriano, e Galieno: nel secondo la Novella di Leone. Merita di esser letto il luogo di cotesto Scrittore, la cui autorità tanto vale nel foro.

Ma si abbia per ricevuta appresso noi la Legge di Valeriano, e Galieno. Anche in tal caso giustissima era la pretensione di D. Beatrice. La *turpitudine*, per cui

(a) *In cit. L.* 15.
(b) *In cit. L.* 15.
(c) *Disc.* 213. *de fideicom.*

piacque agl' Impp., che quel patto non dovesse valere, è posta tutta nella perdita, che si fa della libertà di testare: *Neque libertatem testamenti faciendi patri potuit auferre*. Or cotesta è certamente una *turpitudine* meramente civile, non già naturale. Natural *turpitudine* sarebbe, se la libertà di testare ci venisse dal diritto della natura.
10 Ma gli stessi Giurisconsulti Romani, e i più dotti interpetri del jus pubblico, e del privato (*a*) han per vero, tanto esser lontano, che dalla natural giustizia dipenda; che anzi credono non esser conforme a' principj della Legge della natura, e delle genti, che uom disponga della sua roba per quel tempo, in cui la roba non è più sua. E di fatto ha dimostrato il Tomasio (*b*), che nel mondo conosciuto sono più le nazioni, cui è ignoto, od espressamente disdetto il testamento, che le nazioni, cui vien permesso di farlo: e scrive il Vinnio (*c*) de' tempi suoi, che nella Gheldria, in Utrech, ed in alcuni altri luoghi non era permessa la fazione del testa-
11 mento. Posta la *turpitudine* meramente civile, ne segue, che quando il patto sia giurato, qual è 'l patto apposto a' capitoli matrimoniali di D. Beatrice, il patto in virtù del giuramento diventa inviolabile, anche ad onta del jus civile, che negli Stati de' Principi Cristiani dee cedere al jus Canonico. Così 'l Perezio (*d*): *Posset tamen videri secundum Canones hoc pactum juramento firmari, eo quod non repugnat bonis moribus naturalibus*. Non altri-
mente

(a) *L. Stichus 39. de manumis. test. A. F. in L. 1. de bon. pet., Merill. obs. lib. 8. cap. 23., Puffendorf. lib. 4. cap. 10., Huber de jur. civ. lib. 2. sect. 6. cap. 6. n. 5.*
(b) *Dissert. de orig. success. test.*
(c) *De pact. cap. 19. num. 3.*
(d) *In tit. Cod. de pact. n. 15.*

mente il Card. de Luca (*a*): *Generaliter loquendo nulla probabilis ratio existit, cur actus juratus esse non debeat validus, & obligatorius, quum re vera totum proveniat a jure civili*. Di ciò non dubitò lo stesso Vinnio (*b*), appresso cui non poteva il jus Canonico aver quel peso, che ha meritamente appresso noi: *Si statuto induci potest, ut pacto detur hereditas, poterit & juramento talis pactio confirmari, ratumque id jusjurandum erit jure Canonico, quia servari potest sine dispendio salutis*.

Si vegga ora quanto sarebbe restato a' sustituti, se non si fosse fatta la transazione, e quanto in virtù della transazione sia loro restato. Perchè ciò meglio s' intenda, è da premettere, che dispose nel suo testamento D. Luigi Valcarcel non solo de' beni proprj, ma ancora de' beni alle figlie pervenuti da D. Anna lor madre, e da D. Antonio lor fratello. I beni proprj di D. Luigi erano 74 moggi di territorio siti nel luogo detto *a Centore*: proprj delle figlie erano moggi 32 siti nel luogo detto *a Pantano*, ed altri 28 siti parimente *a Centore*. Furono cotesti fondi estimati da' periti eletti da' contraenti: e i contraenti erano D. Giulia, e D. Beatrice sorelle, D. Luigi, e D. Niccolò fratelli, e'l costoro comun padre D. Diego. La congiunzion del sangue, e la qualità delle persone non ci lasceran mai entrar nell'animo alcuno mal sospetto di loro. Or i moggi 74 proprj del testatore a duc. 233. il moggio si estimarono ducati 17222: onde i moggi 37 spettanti in virtù del patto a D. Beatrice valeano ———————— 8621

I beni pervenuti da D. Anna, e da D. Antonio si estimarono duc. 13346, la metà de' quali sarebbe propriamente da aggregarsi alla

(a) *In cit. disc. num.* 17.
(b) *In cit. cap.* 19. *n.* 6.

eredità di D. Luigi Valcarcel, che fu rinunziatario di D. Beatrice seniore sorella della sua prima moglie; ma per rispetto di quel tutto, che sarebbe a D. Beatrice giuniore spettato, o si aggreghi alla eredità di D. Luigi, od all' eredità di D. Anna, e di D. Antonio, la cosa torna allo stesso: onde spettavano a D. Beatrice altri —————————— 6673

In tutto —————————— 15294

Se ne doveano dedurre per la rata de' debiti —————————— 3239 71

E poichè D. Beatrice era stata dotata di duc. 4000, che le si erano già pagati, e per contrario avea D. Giulia ricevuti in conto delle sue doti soli duc. 550., mettendosi in mezzo da D. Beatrice quel, che avea ricevuto di più, cioè ducati 3450, se ne doveano dedurre altri —————————— 1000

Dunque spettavano a D. Beatrice ———— 10279 29

Altrettanti ne restavano a D. Giulia; ma non eran tutti soggetti alla sustituzione. Per espressa volontà del testatore a sustituzione non soggiaceano duc. 2450, che 'l padre le avea legati a compimento de' duc. 3000, che le avea promessi in dote: altri duc. 1775 parimente a lei legati pe' suddetti duc. 1000, che le si doveano a pareggiar le due doti, e per l'interesse di essi: la metà del prezzo de' moggi 32 legati al Ven. Monistero di S. Carlo della Città d'Aversa, la quale ascendeva, a giudizio dello stesso testatore, a duc. 3000: e finalmente duc. 3000 legati ne' codicilli a D. Giulia, ed a D. Diego col peso di alimentare un figliuol naturale. Tutte coteste somme non

sog-

soggiacenti a sustituzione giungeano a ducati 10225, i quali dedotti da' duc. 10279 29 restava pe' sustituti la tenuissima somma di duc. 54 29. Or in virtù della transazione restaron loro moggi 28 del valore di duc. ——— 6524
da cui deducendosi per le tre soprammentovate deduzioni duc. ——— 2000
restarono duc. ——— 4525

Resta a sciorsi una difficoltà. Legò, come si è detto, D. Luigi a D. Giulia duc. 1775 per pareggiar le due doti. Or crede D. Maria, che per volontà del testatore cotesta somma tor si dovea dalla porzion di D. Beatrice, non da tutto l'asse, donde la tolse nella transazione D. Giulia a danno de' sustituti. Nel testamento è scritto: *Di quello, che resterà, se ne debbano fare tre parti uguali: una vada in beneficio di detta Signora D. Beatrice, con includersi in detta parte spettante a detta Sign. D. Beatrice detti duc.* 1775., *e questi ante partem debbano andare a beneficio di detta Sign. D. Giulia.* Le parole *con includersi in detta parte spettante a D. Beatrice detti duc.* 1775. par che mostrino, aver voluto il testatore, che da quella parte si dovessero torre, e dare a D. Giulia.

Ma le parole, che seguono: *E questi ante partem debbano andare a beneficio di detta Sign. D. Giulia* significano apertamente il contrario. Il testator vuole, che D. Giulia gli precapisca *ante partem*. Dunque vuole, che gli precapisca, primachè si faccian le parti, e seguentemente da tutto l'asse. A questa interpetrazione gran luce aggiunge un altro luogo del testamento. Il testatore, dopo di aver detto, che avea già pagati a D. Muzio della Regina duc. 1775 parte delle doti di D. Beatrice, soggiunge: *Comanda, che detti duc.* 1775 *si debbano includere nella detta terza porzione, che dovrà spettare a detta Sign. D. Beatrice.* Ecco, che l'*includersi* que' 1775 duc.

duc. nella porzione di D. Beatrice è lo stesso, che *imputarsi*, perchè già gli avea ricevuti. Non è da credere, che avesse il testator voluto, che la terza parte a D. Beatrice spettante si scemasse di que' duc. 1775, che aveva ella già ricevuti, e si scemasse ancora di altrettanti, che doveva a D. Giulia pagare. Il dubbio nasce dalla parola *e questi*, che leggesi nel primo de' due trascritti luoghi del testamento. Per cotesta parola non sono da intendere que' medesimi ducati 1775., che si doveano *includere* nella porzione di D. Beatrice, ma altrettanti, che, perchè non gli avea ricevuti, dovea D. Giulia precapire: il perchè tanto vale *e questi*, quanto e *altrettanti*.

Ma 'l tempo manca, onde a questa Scrittura mi convien di por fine.

Di Casa il dì *16.* **del mese di Aprile dell'anno** *1763.*

Per

Per lo Marchese di Petruro D. Gaetano, e pe' Fratelli D. Nicola, e D. Aniello, Marano contr' al Marchese D. Emmanuele Pacifico.

ARGOMENTO.

I. Trattasi degli effetti della regiudicata.
II. Se anzi dalle parole della disposizione, che dalla congetturata volontà del disponente si debban dedurre i fedecommessi.
III. Quali frutti si debbano, e quanti nella vindicazione; e quali, e quanti nella petizione della eredità.

SOMMARIO.

1 *Quali sieno gli effetti della regiudicata.*
2 *Ne' fedecommessi più che alle parole, deesi por mente alla volontà del disponente.*
3 *Ne' fedecommessi la sola volontà si attende.*
4 *Dove trattasi di fedecommessi la parola* possa *vale lo stesso, che* debba; *e quindi contiene vincolo di fedecommesso.*
5 *Quali frutti si debbano, e quanti nella vindicazione; e quali, e quanti nella petizione della eredità. Proponesi la differenza, che passa tra l' una, e l' altra azione.*

AL-

ALLEGAZIONE XIV.

L'Odierno Marchese di Petruro D. Gaetano, ed i costui fratelli D. Nicola, e D. Aniello Marano, proseguendo un giudizio dal defunto Marchese D. Ridolfo lor padre introdotto, pretendono, che 'l S. Consiglio dichiari, spettar loro la terza parte de' beni rimasti nella eredità del fu Marchese di Montemare D. Domenico Moccia zio materno del suddetto lor padre, ed al detto D. Domenico Moccia pervenuti dal qu. D. Antonio Moccia di Berardino.

Costui instituì erede usufruttuaria Suora Maddalena Moccia sua germana sorella, Monaca professa nel Monistero dalla Croce di Lucca di questa Città, ordinando, che dopo la di lei morte *succedessero e dovessero succedere tutti quelli della famiglia di esso testatore più prossimi ad esso testatore*. Mortosene il testatore, e postasi in possesso de' beni la suddetta Suora Maddalena erede usufruttuaria, Suora Girolama Moccia figlia di un fratello germano tanto del testatore, quanto dell'erede, come la più prossima, e per conseguenza chiamata alla eredità dopo la morte della suddetta erede usufruttuaria, nell'atto di far la professione nel Monistero di S. Chiara di Nola, e propriamente a' 3. Luglio 1660. con pubblico istrumento fece general rinunzia a favore di D. Antonio Moccia di Scipione di tutto, e quanto a lei spettava, e potea spettare della mentovata eredità di D. Antonio Moccia di Berardino in forza dell'ultimo suo testamento.

Questa tal rinunzia fu confermata poi dalla stessa Suora Girolama nell'anno 1681., ed approvata ancora dal suo Monistero di S. Chiara di Nola.

Nell'anno poi 1709. Suora Maddalena Moccia passò di questa vita morendo, vivente ancora Suora Girolama; onde

onde cominciò ad avere il suo effetto la rinunzia fatta a D. Antonio Moccia di Scipione. Costui di quel tempo era già morto, e gli eran superstiti alquanti nipoti *ex filiis praemortuis:* cioè da D. Pietro primogenito, Marchese di Montemare, era superstite il Marchese D. Domenico suo figlio: e da D. Scipione, Duca di Carfizzi secondogenito, superstiti erano D. Pietro, D. Domenico, e D. Maddalena. Allora fu, che 'l Marchese D. Domenico, figlio del primogenito, comparve in Vicaria, ed esibendo il suddetto istrumento di cessione e rinunzia, e 'l testamento, e preambolo di D. Antonio Moccia di Scipione suo avo, e rinunziatario della suddetta Suora Girolama, e 'l preambolo del Marchese D. Pietro suo padre, domandò dichiararsi spettare a lui la metà de' beni ereditarj del detto qu. D. Antonio Moccia di Berardino: e dalla Gran Corte con decreto de' 28. Maggio 1709. ne fu dichiarata la domandata spettanza colla seguente riserva: *salva provisione facienda comparentibus D. Dominico, & D. Petro Moccia qu. Scipionis, vel eorum legitimis personis.*

Comparvero dipoi D. Domenico, e D. Pietro dimandando ciascheduno la quarta parte de' beni ereditarj, e ne ottennero parimente decreto di spettanza.

Dopo qualche tempo andossene a miglior vita D. Domenico Moccia, ed appresso D. Pietro suo fratello senza figli: e quindi pretese nel S. C. il Marchese di Montemare D. Domenico, come unico e solo maschio della linea di D. Antonio di Scipione, rinunziatario di detta Suora Girolama Moccia l'immissione ne' beni rimasti dopo la morte di D. Pietro.

Si oppose D. Maddalena Moccia sorella utrinque congiunta, ed erede testamentaria di D. Pietro, pretendendo, esser mantenuta nel possesso de' suddetti beni, e ne ottenne decreto favorevole dal fu Consigliere D. Antonio Maggiocca, con proibirne però l'alienazione, e facendo

restar fermo il sequestro fatto sopra la masseria di Secondigliano, riserbando per ogni altra pretensione la provvidenza al S. Consiglio.

Propostasi la causa nel S.C. s' interpose il seguente decreto: *Infra dies viginti pro omni termino, nominatione, & beneficiis partes deducant incumbentia: & interim D. Magdalena Moccia immittatur in possessionem ruris siti in Casali Secondiliani; verum non alienet, & praestet cautionem respectu fructuum, salva provisione facienda super sequestro dictorum fructuum.*

Compilatosi il termine ad istanza del detto Marchese di Montemare D. Domenico, intesa D. Maddalena, e i suoi figli dopo la di lei morte, come ancora intesi i figli della qu. D. Antonia Moccia, altra sorella de' mentovati D. Domenico, e D. Pietro, la quale erasi trovata premorta a' detti suoi fratelli, fu con sentenza del S. Consiglio de' 5. Marzo dell' anno 1749. dichiarato: *Stante morte sequuta qu. D. Petri Moccia Ducis Scarfizzi bona in ejus hereditate remansa, & perventa ab hereditate qu. D. Antonii Moccia de Berardino spectavisse, & spectare a supradicto die mortis dicti qu. Ducis D. Petri in beneficium Ill. Marchionis Montismaris D. Dominici Moccia, ac proinde condemnandos esse, prout hac nostra praesenti diffinitiva sententia condemnamus Ill. fratres de Crispano, aliosque conventos possessores dictorum bonorum ad relaxandum bona praedicta una cum fructibus a die litis contestatae.* E questa sentenza fu confermata in grado di nullità. E quì si vuol notare, che la detta sentenza non si appoggiò nel fedecommesso instituito da D. Antonio Moccia di Berardino a benefizio de' *prossimiori della famiglia*, secondo il quale deferiti una volta i beni a' prossimiori sarebbono divenuti liberi; ma si appoggiò nel fedecommesso perpetuo da Suora Girolama nella detta rinunzia ordinato. Nè di ciò ci fa dubitare la sentenza istessa,

sa, in cui si legge: *Visa supplicatione porrecta pro parte D. Dominici Moccia Marchionis Montismaris fol.* 416. del Processo intitolato *Pro Ill. Marchione Montismaris D. Dominici Moccia super hereditate qu. D. Antonii Moccia qu. Berardini*. Or nella *Supplica*, che sta nel detto foglio 416., il detto D. Domenico espressamente dichiarò d' instituir l' azione *vigore fideicommissi masculini agnatitii, & reciproci linealis ordinati per dictam Sororem D. Hieronymam Moccia:* anzi, perchè trovavasi instituita a suo nome l' azione in virtù della disposizione del detto D. Antonio Moccia di Berardino, soggiunse, che ciò erasi fatto per errore; e che nella detta ultima sua *Supplica* intendea di emendarlo.

In vigore di cotesta sentenza a' 2. Luglio dell' anno 1750. il Marchese di Montemare D. Domenico fu posto nel possesso di moggi 30. di masseria, e della metà di un palazzo ereditario del qu. D. Antonio Moccia di Berardino.

Nell' anno 1758. il Marchese di Montemare D. Domenico, a cui erasi data la spettanza de' beni, trovandosi in età decrepita, e senza figli, sedotto dal Marchese D. Emmanuele Pacifico, figlio di una delle tre sue sorelle germane, con istrumento stipulato da Notar Donato Paluccio di Aversa, per donazione irrevocabile tra' vivi, donò al detto Marchese D. Emmanuele Pacifico tutti i suoi beni, compresivi anche quelli, che gli erano pervenuti dal testamento del qu. D. Antonio di Berardino, e dal fedecommesso contenuto nella suddetta rinunzia dell' anno *1660.* confermata colla suddetta sentenza dell' anno 1749.: ed in virtù di detta donazione ne fu 'l detto Marchese Pacifico, non inteso alcuno degl' interessati, posto in possesso.

Nel mese di Marzo dell' anno 1761. chiuse suoi giorni il suddetto Marchese di Montemare D. Domeni-

co donante, lasciando superstiti soltanto i figli di tre sue germane sorelle premorte, cioè, da D. Ippolita Moccia il Marchese di Petruro D. Ridolfo Marano: da D. Costanza il Marchese di Pietramolare D. Nicola Giovene: e da D. Beatrice il detto D. Emmanuele Pacifico donatario.

Nel mese di Maggio dello stesso anno 1761. comparve nel S. C. il detto Marchese di Petruro D. Ridolfo Marano, ed esponendo tutte le fin quì narrate cose, domandò, stante la morte del Marchese D. Domenico suo zio materno senza figli, spettargli la terza parte de' beni pervenuti dalla eredità del qu. D. Antonio Moccia di Berardino come quelli, che soggiaceano al fedecommesso istituito dalla qu. Suora Girolama Moccia, soggiungendo, che, posto ancora, che liberi fossero i suddetti beni, essendo beni antichi, pure la metà sarebbe spettata in benefizio de' prossimiori in virtù della Consuetudine Napoletana, in frode di cui erasi fatta la detta donazione. Conchiuse finalmente domandando il sequestro de' beni, e fu commessa la causa al Sig. Consigliere D. Giuseppe Cimino.

Propostosi intanto l' affare nel S. C. s' interpose decreto: *Infra quatuor dies audiantur partes super omnibus hinc inde deductis, & praetensis respectu fideicommissi in actis deducti: & interim Ill. Marchio D. Emanuel Pacifico non alienet, & se obliget respectu fructuum, salva tamen provisione facienda super petito sequestro penes tertium in qualibet parte termini: respectu vero medietatis bonorum antiquorum, partes adeant Dominum Commissarium hereditatis Ill. Marchionis Montismaris D. Dominici Moccia.*

Questo termine compilato, inteso il Marchese Pacifico, si propose la causa nel S. Consiglio, il quale, trovando la petizione dell'odierno Marchese di Petruro, e de' costui fratelli D. Nicola, e D. Aniello uniforme alla legge,

ge, nel dì 22. Gennajo dell' anno 1772. così appunto dichiarò: *Bona contenta in donatione facta a qu. Ill. Marchione D. Dominico Moccia in beneficium Ill. Marchionis Pacifico, eidem D. Dominico perventa ab hereditate qu. D. Antonii Moccia de Berardino vigore renunciationis factae per qu. Sororem Hieronymam Moccia in beneficium D. Antonii Moccia qu. Scipionis ejus avi, ex sententia S. C. de anno 1749. spectavisse, & spectare pro tertia parte in beneficium Ill. Marchionis Petruri, ejusque fratrum, & proinde condemnetur dictus Ill. Marchio Pacifico ad relaxandum tertiam partem dictorum bonorum in beneficium dicti Marchionis Petruri, ejusque fratrum, una cum fructibus decursis a die publicationis, salva provisione facienda super alia tertia portione comparente persona legitima: neutram partem in expensis.*

Contro cotal sentenza il Marchese D. Emmanuele Pacifico ha prodotto quattro capi di nullità, in forza di cui crede di doversi tal sentenza rivocare. Perchè dunque si dimostri su quali deboli fondamenti le dette nullità si appoggino, sarà pregio dell' opera brevemente proporle, e dare a ciascuna di esse la convenevol risposta.

RISPOSTA ALLE NULLITÀ.

La prima nullità consiste nel dire, che la sentenza del S. C. si appoggiò alla donazione della qu. Suora Girolama Moccia fatta in benefizio di D. Antonio Moccia del qu. Scipione nell'anno 1666: la qual donazione devesi per legge aver per nulla, come quella, che fu fatta da Suora Girolama prima della morte di Suora Maddalena, ch'era l'erede usufruttuaria, e la posseditrice de' beni in forza del testamento del suddetto D. Carlantonio Moccia di Berardino; e che seguentemente in tale donazione si dispose di un dritto, che non erasi ancora

ac-

acquistato alla donante; e tanto maggiormente, che nel tempo, in cui venne a morte Suora Maddalena, la suddetta Suora Girolama, come monaca professa nel Monistero di S. Chiara di Nola, non potea succedere a tali beni; e che perciò la donazione fu fatta da persona, cui, nel tempo, che la fece, alcun dritto non si apparteneva: e quando le si poteva incominciare ad appartenere, non era abile a poterlo acquistare: e che seguentemente per legge fu nulla.

Si risponde in primo luogo, che ben potea Suora Girolama donare il suo jus futuro. In secondo luogo, che, quando dopo la morte di Suora Maddalena, Suora Girolama, come monaca professa, a' beni di D. Antonio Moccia di Berardino succeder non potea, sarebbe succeduto il Monistero, rappresentando la persona di detta Suora Girolama. E finalmente si risponde, che sia fuori di tempo l'andare esaminando, se la suddetta donazione fu valida o no, giacchè con sentenza del S. Consiglio del 1749., confermata poi in grado di nullità, fu dichiarata valida; a segno tale, che per effetto di tal donazione il S. Consiglio diede la spettanza de' beni, pervenuti a D. Pietro Duca di Carfizzi, ed al costui fratello D. Domenico dall'eredità di D. Antonio Moccia di Scipione, a D. Domenico Moccia Marchese di Montemare. Quindi è, che agli argomenti proposti nella suddetta nullità osta la cosa giudicata, e seguentemente non se ne dee più disputare: *Post rem judicatam*, dice il giurisconsulto Ulpiano (a) *nihil quaeritur*: dove quel *nihil* è da riferirsi al jus, non al fatto; cioè: *nihil quaeritur circa jus*: vale a dire circa la giustizia, od ingiustizia del decreto passato in giudicato: ma solamente *quaeritur*, se ci sia stato, o no il decreto, ch'è un semplice, e nudo fat-

(a) *L. 6. §. 3. de re jud.*

fatto. E di cotesto fatto, nel caso nostro, non è da dubitare in alcun modo, essendovi negli atti le due sentenze del S. Consiglio: anzi nel caso nostro concorre una rimarchevolissima circostanza: ed è, che avendo D. Domenico acquistati i beni del Duca di Carfizzi, e del costui fratello in vigore della suddetta donazione di Suora Girolama, non potea contro le leggi di tal donazione donare gli stessi beni liberamente al Marchese Pacifico.

La seconda nullità consiste nel dire, che, oltre dell' incapacità della suddetta Suora Girolama, a lei non competea nessun dritto su de' beni sottoposti al fedecommesso ordinato dal testatore, perchè femmina; ed a questo proposito si ricordano le molte opinioni de' DD., che interpetrando la parola famiglia, l'intendono pe' soli maschi, massimamente ove tal parola si adoperi da un testatore, che vive in un luogo, in cui vi sia statuto esclusivo delle femmine, esistendo i maschi.

Si risponde, che questa nullità non merita altra risposta, se non quella data di sopra, cioè, che *post rem judicatam nihil quaeritur, etiamsi per injuriam judicatum sit*; giacchè avendo il S. C. giudicata valida la donazione fatta da Suora Girolama venne implicitamente a dichiarare, che costei avea dritto su de' beni nella donazione compresi.

La terza nullità consiste nel dire, che quantevolte si dovesse tener conto della rinunzia di Suora Girolama Moccia, e delle condizioni in essa apposte, nè pure regger potrebbe la sentenza del S. C., giacchè in forza di quella rinunzia nulla spetta al Marchese di Petruro, anzi viene ad esserne chiaramente escluso. Si pretende di confermare questo assunto colle stesse parole della rinunzia, nella quale si legge ordinato, *che D. Antonio Moccia di Scipione fosse mero usufruttuario di tutti i beni rinunciatili, ma che possa così in vita, come in mor-*

te

te disporre in benefizio di essi beni in benefizio de' figli nati, e nascituri mascoli tantum, ed in difetto della sua linea mascolina ne possa del medesimo modo e forma disporre a benefizio delle femmine. Dalle quali parole, e specialmente da quel *possa* si pretende desumere, che da Suora Girolama non fu istituito alcun fedecommesso progressivo, ma fu posto in arbitrio del donatario il disporre piuttosto di una maniera, che di un'altra: e che seguentemente non vi sia in quella rinunzia alcuna chiamata a pro del Marchese di Petruro.

Si risponde, che chi considera attentamente tutto il contesto della rinunzia di Suora Girolama vede chiara la di lei volontà diretta ad istituire un fedecommesso progressivo a favore non solamente de' figli del rinunziatario, ma ancora di tutta la linea mascolina, e femminina del medesimo.

Chi è dunque, che, trovando in questa rinunzia contemplati i figli, ed in mancanza de' figli i nipoti, e i discendenti tutti della linea mascolina, ed in difetto della linea mascolina contemplate le femmine, e tutta la linea femminina *in infinitum*, ed in mancanza di queste due linee, ordinata l'erezione di due cappellanie da' beni rinunziati, chi, diceva, non vede chiaramente, l'enissa volontà di Suora Girolama di volere istituire un fedecommesso progressivo, perpetuo, e lineale? Chi non vede, che in cotesta rinunzia vi sono tutti e tre i requisiti della *L. Titia Sejo* §. *Seja libertis de legat.* 2. su di cui amplamente scrisse il Cardinal de Luca? E non deve importare nè molto nè poco, che le parole di tal rinunzia non sieno così chiare, ed evidenti, come si desidererebbono dal dotto Contraddittore; conciosiachè sia cosa notissima, che ne' fedecommessi più che alle parole debbasi badare alla volontà, cosichè il Giurisconsul-

2

to

to Paolo (*a*) ebbe a dire: *Sola voluntas servatur in fideicommissis*. E molto meno è da tener conto di quella parola *possa*, donde si vuol trarre argomento a sostenere, che niuna obbligazione fu ingiunta al donatario; perciocchè, trattandosi di fedecommessi, quel *possa*, vale lo stesso, che *debba*. Le leggi Romane ci rendon sicuri di ciò. Appresso Ulpiano (*b*) aveva un padre scritto così: *Te fili rogo, ut praedia, quae ad te pervenerint, pro tua diligentia diligas, & curam eorum agas, ut possint ad filios tuos pervenire*. Ecco il verbo *possint*, che, secondo il dotto Contraddittore, non importa necessità; come necessità alcuna non contiene secondo il proprio e nativo significato di tal parola: ma, perchè trattavasi di fedecommesso, il giurisconsulto decise, che quel *possint* contenea vincolo di fedecommesso a beneficio de' nipoti, soggiungendo: *haec verba, licet non satis exprimant fideicommissum, sed magis consilium, quam necessitatem relinquendi; tamen ea praedia in nepotibus, post mortem patris eorum, vim fideicommissi videntur continere*. Dalla qual dottrina istruito l' Alciati, in ispiegando la parola *possit* della *L. nepos* 125. *de V. S.*, scrisse così: *Significat id verbum simplicem potentiam nulli necessitati subjectam, idque ex sermonis proprietate, a qua tamen ex conjectura mentis quandoque recedimus, ut quum testator heredi diligentem agrorum curam mandat, ut ad filios pervenire possint, his enim verbis fideicommissi necessitas inducitur:* e ne recò la ragione soggiungendo: *quoniam in fideicommissis nihil refert quemadmodum verba concipiantur, dum mens colligi possit*.

L' ultima nullità consiste nel dire, che avendo D.

(a) *L. a fratris* 127. *de leg.* 1.
(b) *L. fideicommissa* 11. §. *& verba* 9. *de legat. & fideicom.* 3.

Antonio Moccia di Scipione in forza della rinunzia di Suora Girolama la facoltà di disporre de' beni, e non avendone per la di lui premorienza potuto usare, avendone poi fatto uso il Marchese di Montemare, primo successore di que' beni, donandoli al Marchese Pacifico, una tal donazione si deve avere per buona, come quella, che fu fatta in esecuzione della facoltà data al donatario da Suora Girolama nella sua rinunzia.

Si risponde, che questa nullità non regge, come non regge l'antecedente. In essa si suppone, che nella rinunzia non fu ordinato fedecommesso, e che la parola *possa* non induca necessità, il che avendolo io dimostrato falso, ne segue, che, senz'altra risposta, falso sia ancora il principio, e più falsa la conseguenza, che da tal principio nell'indicata nullità si vuol dedurre.

Spero dunque dalla somma giustizia del S. C., che, non tenendo alcun conto delle proposte nullità, abbia a confermare la prima sentenza, per riguardo della sola spettanza della terza parte a favore del mio cliente; ma non già per rispetto de' frutti. In quanto a' frutti io, col più profondo ossequio, mi gravo della sentenza del S. C. Il S. C. ha dato i frutti al Marchese di Petruro, e a' suoi fratelli *a die publicationis*. Questi però loro si debbono *a die mortis*. Per confermare questo mio assunto altro non debbo fare, che proporre la differenza, che passa tra la vindicazione, e la petizione della eredità. Nella vindicazione, perchè si tratta di un titolo particolare, i soli frutti stanti, o pendenti si debbono, e non già i consumati. Nella petizione poi della eredità, perchè si tratta di un jus universale, tutti i frutti si debbono, o sieno stanti, o pendenti, o consumati. La ragione di coresta differenza ci vien data da Ulpiano (a): *Fructus autem omnes* (sono sue parole) *augent here-*

(a) *L. 20. §. 3. de hereditatis petitione.*

reditatem, sive ante aditam, sive post aditam hereditatem accesserint. Dunque se tutti i frutti accrescono l'eredità, o prima, o dopo l'adizione di questa, tutti nella petizione dell'eredità si debbono. Ed Antonio Fabro, parlando appunto di cotesta differenza, dice (*a*): *Consumtos autem non restituit in vindicatione, neque vi actionis, neque officio judicis, quia fructus fundi non augent fundum, licet ipsis fundo accepto ferantur. Restituit autem in petitione hereditatis, & quidem vi, & potestate actionis, non officio judicis*. Or ciò posto, non siam noi ne' termini di vindicazione, ma di petizione d'eredità: val quanto dire ne' termini precisi di un giudizio universale. E se nella petizione della eredità tutti i frutti accrescono l'eredità istessa, secondo l'autorità di Ulpiano, e secondo l'opinione di Antonio Fabro *vi, & potestate actionis, non officio judicis*, nella petizione dell' eredità i frutti tutti si debbono restituire: ed ecco chiaramente provato il mio assunto, che, perchè sono io ne' termini di petizione d'eredità, i frutti al mio cliente si debbono dal giorno della morte del detto Marchese, e non già *a die publicationis*.

Di Casa addì 29 Aprile 1776.

Fine del Tomo II.

(a) *Rational. in Pandect. Comm. ad* §. *item non solum* 3. *in fine L.* 20. *ff. de petitione hereditatis*.